GACETA JUDICIAL

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Registrado para curso libre de porte en el servicio postal.

Licencia Nº 451, de 7 de marzo de 1936.

TO XLIX Bogotá - Enero, Febrero y marzo de 1940. Nos. 1953 y 1954.

TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA—BOGOTA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Presidente: doctor Salvador Iglesias.
Vicepresidente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta.
Secretario: Doctor Pedro León Rincón.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Presidente: Doctor Hernán Salamanca.
Secretario: Doctor Pedro León Rincón.

SALA DE CASACION EN LO PENAL

Presidente: Doctor José Antonio Montalvo.
Secretario: Doctor Alberto Malo Baños.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Presidente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo.
Secretario: Doctor Francisco Niño Torres.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Presidente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán.
Secretario: Doctor Francisco Niño Torres.
Relator: Doctor Julián Motta Salas.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

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

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLIX Bogotá - Enero, Febrero y marzo de 1940. Nos. 1953 y 1954.

ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LA REPRESENTACION EN LOS ACTOS JURIDICOS

Por

DAVID STITCHKIN BRANOVER

1.—El principio de la autonomía de la voluntad, que con mayor o menor amplitud rige en las legislaciones modernas en lo relativo a los actos y declaraciones de voluntad, ha sido expresamente sancionado por nuestro legislador en el art. 1545 del Código Civil, en virtud del cual, "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidada sino por su mutuo consentimiento o por causas legales".

2.—Se reconoce, de esta manera, la validez de todo acto o contrato, cualquiera que sea su contenido, siempre que en su otorgamiento se hayan respetado ciertos principios fundamentales que el legislador se ha encargado oportunamente de reglamentar.

3.—Pero esta fuerza obligatoria de los actos y declaraciones de voluntad tiene una limitación que se ha debido consagrar como una consecuencia lógica y necesaria del prin-

cipio anterior: los efectos jurídicos del acto a que ha dado nacimiento la voluntad de un individuo, no pueden alcanzar sino a éste.

De aquí, pues, que en el mismo artículo 1545, que sienta el principio de la libertad contractual, establezca el legislador que aquellos contratos, legalmente celebrados, son ley "para los contratantes", con lo que se les niega implícitamente, todo valor respecto de terceros.

4.—Por lo demás, esto no es sino una repetición de lo que ya se disponía en el artículo 1445 del mismo Código, en cuanto "para que una persona se obliga a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

5—Por consiguiente, aquel que no presta su consentimiento en el acto o contrato, no se encuentra obligado por él y tal acto o contrato será nulo de nulidad absoluta, o le será inoponible, según las circunstancias.

6.—Existe, no obstante, una excepción importantísima a los principios que acabamos de exponer, esto es, un caso en que las consecuencias jurídicas del acto o contrato no afectan a los que han intervenido, a los que han prestado allí su consentimiento, sino a terceros extraños; nos referimos a la representación.

7.—En efecto, como dicen M. M. Planiol y Ripert, la representación aparece como el medio que tiene una persona para producir, sirviéndose de la voluntad de otra, los mismos efectos que si hubiera actuado personalmente (1). En virtud de ella, los efectos de un acto celebrado por un representante, no se reproducen en el patrimonio de éste, como sería lo natural, puesto que es su manifestación de voluntad la que da nacimiento al acto, sino que se radican en el patrimonio de su representado.

8.—Este carácter de excepción al principio de la relatividad de los efectos de los actos jurídicos, ha sido considerado especialmente por la mayoría de los tratadistas modernos.

Así, M. Planiol estudia la representación dentro del Capítulo IV de su Tratado Elemental de Derecho Civil, que lleva por título "Efectos relativos de los actos jurídicos". Y así, el maestro francés, después de sentar el principio de que los actos jurídicos afectan sólo a las partes que en ellos intervienen, trata de la representación considerándola como una excepción a aquel.

M. Demogue, por su parte, expresa que hay representación cuando una manifestación libre de voluntad emana de una persona distinta de aquella que naturalmente debe hacerla y los efectos se producen, "sin embargo", como si esa manifestación de voluntad emanara de esta última persona. (2).

9.—Y nos atrevemos a sostener que así también lo ha considerado el legislador chileno, según se desprende de la ubicación misma del artículo 1448, que establece el principio de la representación, como de la redacción misma de esta disposición legal.

En efecto, el artículo 1445, con que se encabeza el título que trata "De los actos y declaraciones de voluntad", señala los requisitos que se exigen para que una persona se obligue a otra y que consisten en que la persona sea legalmente capaz, *que consienta en dicho acto o declaración* y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

A continuación de este artículo 1445, el legislador analiza cada uno de los requisitos que acabamos de señalar, siguiendo el mismo orden en

(1) Droit Civil, tomo VI, pág. 70.

(2) Traité Des Obligations, tomo I, página 173, ed. 1923.

que los enumera en aquella disposición, y así la capacidad, que es el primero de aquellos requisitos, aparece reglamentada en el inciso final del mismo artículo 1445 y en los dos siguientes, 1446 y 1447.

En seguida debo tratar el consentimiento, que es el segundo de los requisitos exigidos en dicha disposición, y lo considera, entonces, en los artículos 1448, 1449 y 1450, que tratan de la representación, de la estipulación por otro y de la promesa de hecho ajeno, respectivamente. O sea, al analizar "el consentimiento", como requisito esencial de todo acto o contrato válido, trata de tres instituciones que aparecen ante nuestro legislador, como una excepción a la regla del artículo 1445, según la cual el consentimiento del obligado es requisito esencial.

10.—A la misma conclusión se llega analizando la redacción del artículo 1448, que establece que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos *que si hubiese contratado él mismo*.

Observemos, en primer lugar, que el legislador dice que es el representante quien "ejecuta" el acto, o sea, quien contrata, pero los efectos del acto se producirán en el patrimonio del representado, como si hubiese contratado él mismo.

Emplea, también, nuestro legislador, la expresión "iguales efectos que si hubiese contratado él mismo", con lo que nos dice que no es el representado quien contrató, no es éste quien ha celebrado el acto y, sin embargo, habiendo sido otro el contratante, los efectos se van a producir en su patrimonio *como* si él lo hubiese celebrado.

11.—Ante esta situación de anormalidad que presenta la representación dentro de la teoría general de los actos jurídicos, no es extraño que los tratadistas hayan pretendido establecer la naturaleza jurídica de que una persona que no interviene en el contrato se encuentra obligada por los efectos del mismo.

12.—Cuatro son las teorías que se han emitido al respecto: la de la ficción, que ha prevalecido hasta hace poco tiempo, del "nuntius", formulada por Savigny, de la cooperación, defendida por Mitteis y seguida en parte por Demogue y, por último, la teoría de la representación modalidad del acto jurídico, formulada por M. Levy Ullman, que es la que cuenta con el favor de los tratadistas modernos. Analizaremos, a continuación, cada una de ellas, siguiendo el orden aquí señalado.

13.—*Teoría de la ficción.* — Aun cuando por la necesidad de adaptar las normas de derecho a las exigencias de la vida, las legislaciones debieron aceptar que en ciertos casos los efectos de un acto se produjesen en la persona y patrimonio de otra distinta de aquella que realmente había intervenido en él, los juristas no podían menos de mostrarse perplejos ante una situación que forzosamente debía aparecer como extraordinaria o anormal.

M. Labbé, al estudiar las causas que motivan la exclusión de la representación en el antiguo derecho romano, expresa que "si se reflexiona, se reconoce que la idea romana (de la no representación), era la más simple, la primera que ha debido ofrecerse al espíritu humano", agregando, poco más adelante: "¿Cómo es posible que el autor de un acto no fuese el sujeto activo y pasivo de los efectos del mismo?" (3).

Esta misma pregunta continuó formulándose durante mucho tiem-

(3) Labbet sur Ortolan: Traité de Droit Romain, 12 ed., tomo III, apéndice IX.

po y no hallándose una respuesta lógica a ella, se optó, lisa y llanamente, por eludir el problema: así nació en la doctrina la teoría de la ficción.

14.—El enunciado de ella es muy simple: la representación es una ficción legal, por la cual se reputa que en el acto celebrado por el representante ha sido el representado quien ha intervenido única y exclusivamente.

Decimos que con esta teoría se trató de eludir el problema de la representación porque, observando un poco, se llega a la conclusión de que realmente no explica nada.

15.—En efecto, la primera observación que surge espontáneamente al formular esta teoría es la de que no se nos explica por qué causa el legislador establece tal ficción. Por qué razón el legislador, viendo que es A quien contrata, dice que no es éste sino B quien ha ejecutado el acto. Con decirnos que se trata de una simple ficción nada avanzamos, nada hemos resuelto.

Como dice M. Levy Ullman al pronunciarse sobre esta materia, "ella (la teoría de la ficción) no solamente no aporta ninguna satisfacción al espíritu lógico del jurista sino que, por el contrario, lo irrita puesto que, por su propia definición, toda ficción es una brecha a la lógica. (4)".

M. Popesco critica a esta doctrina esa misma impotencia para explicar la naturaleza jurídica de la representación, y así dice que "a falta de una explicación de por qué los actos de una persona producen sus efectos en el patrimonio de otra, se contentan con decir que se trata de una simple ficción. Y ¿qué hemos avanzado con eso? (5)".

16.—Pero aun suponiendo que tal explicación fuese satisfactoria, siempre nos dejaría sin resolver uno de los problemas más interesantes, posiblemente el más interesante, que surge en esta materia: el de saber cuál de los dos, representante o representado, manifiesta la voluntad generadora del acto que éste ha encomendado a aquél.

Porque, dentro de esta teoría, bien podría decirse: a) que el verdadero contratante es el representante, pero que, en virtud de la ficción, se reputa que lo es el representado; b) o bien, que es éste el verdadero contratante, pero que en virtud de una ficción, hable y actúa por él su representante; c) o bien, que en realidad son ambos, representante y representado, quienes cooperan con sus voluntades a la formación del negocio pero que, en virtud de una ficción, se reputa que ha sido el primero quien ha intervenido única y exclusivamente.

17.—De esta manera, la doctrina de la ficción se acomoda a todos los sistemas, precisamente porque no explica ninguno.

Agreguemos a esto, y precisamente es una de las objeciones fundamentales, que si la ficción pudiera pretender explicar la representación voluntaria, no es posible que lo pretenda tratándose de la representación legal de protección. En efecto, no es posible "suponer" o "reputar" al representado como el verdadero contratante, cuando éste es un pupilo infante, demente o sordomudo que no pueda darse a entender por escrito y que jurídicamente carecen en absolu' de voluntad.

18—La doctrina moderna pretende encontrar una teoría que, en sus

(4) Levy Ullman: La contribution esentielle du Droit Anglais á la théorie général de la Répresentation, pág. 351.

(5) René Popesco R.: La Répresentation dans les acte juridiques, pág. 17.

líneas esenciales, sea aplicable a toda clase de representación, sea voluntaria, legal, judicial o de protección. Evidentemente, la teoría de la ficción no llena este objetivo, ni mucho menos.

Por lo demás, es inaceptable una doctrina que se funda en una negación de la realidad. Estamos, precisamente en una época de realidades, en que el espíritu humano requiere explicaciones claras y lógicas y no suposiciones más o menos arbitrarias.

19.—*Teoría del nuntius* — M. de Savigny, deseando encontrar una explicación más satisfactoria que la anterior, pretende que la representación no es otra cosa que una aplicación del concepto de "nuntius" (mensajero), conocido ya en el derecho romano.

El "nuntius" es simplemente un mensajero, cuyo rol consiste en trasmitir la voluntad del que lo envía en tal forma que el contrato se celebra real y verdaderamente (lo que significa ya un avance sobre la teoría de la ficción), entre el representado y el tercero. El representante-nuntius no ha hecho otra cosa que trasmitir, más o menos mecánicamente, la voluntad del representado.

20.—M. de Savigny pone varios ejemplos en apoyo de su doctrina, en los cuales, partiendo del caso del simple mensajero hasta el del verdadero representante, sostiene que en todos ellos se trata de un "porte-parole", portavoz diríamos nosotros, de la voluntad del representado.

Tenemos así que según este autor el representante aparece como el portador, casi material, de la voluntad del representado, aun cuando aquél esté facultado por éste para determinar el precio, la cosa u otras condiciones esenciales o accidentales del contrato. En este caso, en que el representante tiene facultad para decidir las condiciones del negocio, éste sigue siendo, para M. Savigny, un simple mensajero portador de un conjunto de voluntades del representado, que le permiten celebrar cualquiera de esos contratos que va a concluír dentro de los límites más o menos amplios de su poder.

21—Textualmente, M. de Savigny nos dice: "Yo he visto en casa de un mercader varios caballos, los que parecen tener sus ventajas e inconvenientes respectivos. Entonces, doy poder a una persona más entendida que yo, para que elija y compre en mi nombre el que estime más conveniente; y para esta misión le dejo más o menos libertad en la determinación del precio. El representante tiene aquí un campo de acción muy amplio para decidirse y hacer su elección.

Concluído el contrato en mi nombre, es necesario considerarlo y tratarlo como el simple mensajero de los casos precedentes, cualquiera que sea el nombre que quisiéramos darle; pues mi voluntad, aunque dirigida sobre varios contratos entre los cuales la elección se ha dejado al representante, no deja de ser por ello mi propia voluntad, apareciendo entonces, el representante frente a la otra parte como el mero portador de mi expresada voluntad" (6).

Agrega el mismo Savigny, poco más adelante: "Importa poco que el representante lleve a la otra parte una resolución única o que, al contrario, de varias resoluciones autorizadas por mí escoja una, libre y espontáneamente.

22.—Esta es la teoría, literalmente trascrita, que sustenta el eminente alemán para explicar la naturaleza jurídica de la representación, teoría que ha sido duramente combatida por todos los tratadistas modernos, entre los cuales podemos

---

(6) Savigny: Traité des Obligations, tomo II, página 195.

citar a M. Popesco Rammniceano, Hupka, Levy Ulman, Demogue, etc.

Observaremos, no obstante, que ha sido aceptada en Inglaterra, especialmente por el jurista Sir Frederick Pollock, quien explica la representación mediante esta teoría del nuntius, que tiene amplia cabida, según la opinión del mismo, en una institución peculiar de la legislación anglo-sajona, denominada "agency".

23.—Pero aparte de estos casos excepcionales, que se desarrollan casi exclusivamente en el derecho sajón, los tratadistas contemporáneos rechazan unánimemente la teoría del nuntius porque, lo mismo que observábamos respecto de la ficción, ella tampoco explica ni puede explicar todos los casos de representación.

24.—En efecto, si recordamos que ésta tiene por objeto, a veces, suplir la incapacidad legal de ciertas personas, no podremos admitir que el representante de un pupilo infante, demente o sordomudo, sea simplemente el portador de la voluntad de éste, porque tales personas carecen de voluntad dentro del derecho.

Esta observación, a nuestro juicio es irrefutable, especialmente si se tiene en cuenta, como ya lo observábamos antes, que se pretende encontrar una teoría amplia y comprensiva de todos los casos de representación, sea voluntaria, legal o de protección, como es la que la ley instituye en favor de los incapaces.

25.—La teoría de M. de Savigny es incapaz de explicar, asimismo, los casos de representación sin poder, como la que se produce en la gestión de negocios, ni mucho menos la que opera contra la voluntad del representado, como sucede en los casos de ejecución forzada de las obligaciones del deudor, en que el juez aparece como representante legal de aquél y suscribe los documentos necesarios para efectuar los traspasos de derechos en favor del adquirente, cuando el deudor se niega a hacerlo.

En el caso de la gestión de negocios, es evidente que no hay voluntad del representado, puesto que éste desconoce la existencia de la gestión que le obligará respecto del tercero; y en el segundo caso, no solamente no existe voluntad, sino que ésta es contraria a la representación, ya que el deudor precisamente se opone a la transferencia de sus derechos en favor de los acreedores.

¿Cómo podríamos decir, entonces, que en ambos casos el representante no es sino el simple portador de la voluntad del representado?

26.—Pero aún dentro de la representación convencional estimamos que la teoría del nuntius hace una confusión inaceptable entre representante y nuntius. Desde luego, en los casos en que aquél actúa en virtud de un poder general, es evidente que no existe voluntad alguna de parte del representado que vaya determinando la del representante de cada uno de los infinitos negocios que el primero efectúa en la administración del patrimonio del segundo. El representado, al otorgar un poder general, ignora los actos que en el futuro va a celebrar su representante y, por consiguiente, es absurdo pretender que en cada uno de los actos el representante va trasmitiendo su voluntad.

27.—En cuanto al poder otorgado para un negocio concreto, único caso en que la teoría de M. de Savigny podría tener cabida, creemos, asimismo, que ella es inaceptable. Sostener, como lo hace este jurista, que en estos casos el representante no es sino el trasmisor, casi mecánico, de la voluntad del representado significa un error proveniente de la con-

fusión de dos actos jurídicos perfectamente diferenciados. En realidad M. de Savigny confunde el acto por el cual una persona confiere a otra el poder de representarla (otorgamiento de poder), con el acto o contrato que celebra el representante en nombre y por cuenta de aquel que le confirió el poder.

En el primero de estos actos el poderdante *faculta* al apoderado para que celebre actos o contratos que afecten su patrimonio. En cambio, en el acto que celebran el representante y el tercero, afectando a sus resultados el patrimonio del poderdante, esto es, en el "acto representativo", es el primero quien manifiesta *su propia voluntad,* la que, con la del tercero, dará nacimiento al contrato que ha de afectar al representado.

28.—M. de Savigny asimila ambos actos jurídicos, otorgamiento de poder y acto representativo, y estima, en consecuencia, que en el acto en que el poderdante autoriza al apoderado para actuar por él, está formulando, al mismo tiempo, la declaración de voluntad que dará nacimiento al futuro contrato.

En realidad no es así, pues, como dice el tratadista alemán Hupka, "si yo autorizo a alguien para contratar en nombre mío, no estoy ofreciendo o aceptando un contrato, sino que expreso que estoy conforme con la oferta o aceptación de mi representante" (7).

Al otorgar facultad a una persona para que nos represente, como dice Hupka, no manifestamos voluntad contractual alguna, sino que aceptamos que los actos que celebre a nuestro nombre el apoderado afecte nuestro patrimonio.

29.—Si el otorgamiento de poder fuese, al mismo tiempo, la manifestación de voluntad que dará nacimiento al acto o contrato representativo, tendríamos que bastaría la simple comunicación del poder a un tercero, para que éste pudiera aceptar o rechazar la oferta que el representante está autorizado para hacer, sin necesidad de que éste hubiese formulado proposición alguna. Esto es inexacto, porque si nos encontramos con un representante que nos exhibe un poder para efectuar un negocio con nosotros, aun cuando en ese poder se exprese concretamente de qué se trata y cuáles son las atribuciones del representante y las condiciones del contrato, no podemos rechazarlo ni aceptarlo válidamente antes de que éste nos haya manifestado esa proposición, es decir, su voluntad de celebrar el negocio. Pendiente esta declaración no existirá el consentimiento necesario para la existencia del contrato cuya celebración se ha encomendado al representante.

30.—De aquí, pues, que terminemos diciendo con M. Saleilles, que el sistema de Savigny no tiende a explicar la representación sino a hacerla desaparecer junto con la persona del representante. Porque, en efecto, si no es éste sino el representado quien contrata, no hay representación. (8)

31—*Teoría de la cooperación*—En vista de las objeciones, evidentemente fundadas, que se formulan a las teorías de la ficción y del nuntius, el tratadista alemán Mitteis ha creado la de la "cooperación de voluntades".

Según este autor, la representación se explica por la cooperación de las voluntades del representante y del representado, que concurren am-

(7) La representación voluntaria en los negocios jurídicos, pág. 39.

(8) Saleilles: Traducción anotada del Código Civil alemán, publicada por el Comité de Legislación extranjera del Ministerio de Justicia, tomo I, página 201.

bas en la formación del acto jurídico que habrá de afectar exclusivamente a éste.

32.—Ya no es, entonces, el representado quien manifiesta exclusivamente su voluntad contractual, como lo sostiene M. de Savigny, ni tampoco el representante, como parece admitirlo la teoría de la ficción. En realidad son ambos quienes cooperan en la formación del negocio, apareciendo ambas voluntades como una sola compuesta, frente a la del tercero contratante.

33.—"En los actos jurídicos, ni el representante ni el representado pue de ser considerado como único contratante, dice Mitteis. Por el contrario, cada uno de ellos actúa; es la voluntad de cada uno la causa jurídica determinante de la declaración. Así, el acto jurídico resulta de la voluntad misma del representante y del representado y para apreciar su eficacia es necesario remitirse a cada una de estas voluntades" (9).

34.—La voluntad del representado, que coopera a la formación del negocio principal se manifiesta, según el mismo autor, en el poder que aquél otorga, en tal forma que tendrá mayor o menor influencia en la formación del acto, según sea más o menos detallado dicho poder. Así, la voluntad del representante tendrá más participación en el acto jurídico mientras menos detallado sea el poder con que obra, pues su campo de volición será más amplio; y a la inversa, tendrá menos participación mientras más se especifiquen en él las condiciones del negocio encomendado.

Extremando la regla, puede suceder que desaparezca la voluntad del representante para ceder su puesto a la del representado, exclusivamente, cuando el primero obra en virtud de un poder detalladísimo, y en el que se especifican en tal forma las condiciones del contrato, que no deja lugar a manifestación alguna de voluntad de su parte.

En este caso, según Mitteis y a fin de no incurrir en el mismo error de Savigny, que considera al representante como un simple mensajero, si bien la voluntad del representante aparece muy restringida, tiene siempre intervención puesto que existe en él, por lo menos, la voluntad de proporcionar la declaración.

35—Muchas objeciones se han hecho a la teoría tan hábilmente formulada por este tratadista, pero a nuestro juicio la fundamental es la de que confunde, lo mismo que Savigny, dos actos jurídicos completamente independientes, celebrados en épocas distintas, con objetivos distintos y que pueden existir el uno sin el otro.

Como ya lo habíamos observado al analizar la teoría anterior, en el acto por el cual el representado otorga poder al representante, el primero no declara su voluntad de generar el acto jurídico que autoriza, sino que manifiesta su autorización, su aprobación a los actos que, en virtud de esa aprobación, celebrará más tarde el representante y sin la cual los efectos de estos actos no alcanzarán al representado.

En otros términos, el poderdante declara, al otorgarlo, que consiente en afectar su patrimonio a las consecuencias jurídicas del contrato que en virtud de tal declaración, celebrará el apoderado. En cambio, en la celebración misma del negocio encomendado, sólo interviene la voluntad de éste, exclusivamente, voluntad que debe actuar dentro de los límites señalados en el poder.

36.—Son, pues, dos actos distin-

(9) Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung, citado por Levy Ullman, La contribution essentielle de Droit Anglais a la théorie général de la Representation, página 351.

tos, celebrados en épocas distintas y que, si bien generalmente coexisten, es posible que tal cosa no suceda y que haya otorgamiento de poder sin acto representativo o, a la inversa, puede haber acto representativo sin otorgamiento de poder. Esto es, puede suceder que habiéndose otorgado poder, el representante no quiera celebrar el acto para el cual se le autorizaba, o bien, que celebre un contrato a nombre del representado sin que éste le haya dado poder para ello.

37—Mitteis considera, en cambio, que la declaración del poderdante no es un acto independiente del que celebra el apoderado al manifestar su voluntad en el negocio principal sino que aquella declaración, unida a la del representante, es la que forma la voluntad compuesta que, concurriendo con la del tercero como contraparte, dará nacimiento al acto representativo. El representado, entonces, al otorgar poder, estaría adelantando una declaración de voluntad contractual.

Por lo tanto, donde nosotros vemos dos actos jurídicos Mitteis ve uno solo, destruyendo así la naturaleza misma del acto por el cual se confiere poder, ya que no lo considera en su verdadero aspecto de autorización dada para que el representante afecte válidamente el patrimonio del representado, sino como una manifestación de voluntad contractual, esto es, como una oferta que hace el representado y que permanece en estado latente hasta que, unida a la del representante, pueda aparecer como tal frente al tercero, quien, al aceptarla, dará origen al consentimiento necesario para la generación del acto jurídico.

38.—Considerando el otorgamiento de poder como una manifestación contractual de voluntad del representado, cuando éste detalla hasta la exageración las condiciones del contrato, es evidente que no dejará lugar a la voluntad del representante y llegamos a concluír, como Savigny, que éste es simplemente el mensajero, nuntius, de aquél.

39.—Mitteis, para dar alguna intervención a la voluntad del representante en estos casos, y no incurrir en el error de Savigny, sostiene que aún ahora existe esa intervención de la voluntad del apoderado: "la voluntad de proporcionar la declaración" esto es, diremos nosotros, la voluntad de trasmitir al tercero la declaración de voluntad del representado. La solución que busca Mitteis para evitar que se considere al representante como un simple mensajero es evidentemente ingenua, porque cualquier mensajero, sin intervención alguna en el acto que celebra el que lo envía, debe tener forzosamente la misma voluntad de proporcionar la declaración, es decir, la de "transmitir el recado" que se le hizo, como la tiene el cartero de entregar la carta que le encomienda.

40. — Por último, esta teoría no explica los casos de representación legal en favor de los incapaces, ni los de representación en que ésta opera contra la voluntad del representado, como sucede en los casos de ejecución forzada de la obligación del deudor, etc., en que no es posible hablar de voluntad del representado porque no existe.

En tales casos es evidente que Mitteis debería concluír que en la gestación del negocio ha intervenido exclusivamente la voluntad del representante, que con la del tercero, ha dado nacimiento al contrato.

41.—*Teoría de la representación modalidad del acto jurídico*—Reaccionando contra estos sistemas que no conciben la representación sino basada en la voluntad del representado, M. Pilón, profesor de la Facultad de París, expone en su tesis de

doctorado sostenida en la Universidad de Caen, 1898, su nueva doctrina, en que reconoce la voluntad del representante como la que, junto con la del tercero, dará nacimiento al acto jurídico que afectará al representado.

42.—Estima M. Pilón, que lo que detiene a los autores de derecho para aceptar que la voluntad de una persona pueda afectar el patrimonio de otra, que no concurre a la formación del acto, es el concepto subjetivo de obligación.

En efecto, según la doctrina clásica, la obligación es el vínculo en virtud del cual *una persona debe* a otra una prestación o abstención. Pues bien, en vez de partir de este concepto subjetivo de obligación vínculo entre personas, Pilón propone aceptar un concepto objetivo, en que hace aparecer la obligación, más que como una relación entre dos personas, como un *vínculo entre dos patrimonios.* En realidad, es un patrimonio que debe una prestación a otro; la persona no es sino el órgano del patrimonio. ¿Qué significa (la representación) sino que todo patrimonio puede hallarse afectado por otro órgano distinto del normal y que yo puedo poner mi voluntad al servicio de otro patrimonio, sin afectar el mío? Eso es, simplemente, lo que hace el representante. Es este concepto (objetivo) de obligación lo que permite la representación y explica su naturaleza jurídica. (10)

43.—Tenemos así que, según la tesis de Pilón, la representación se caracteriza "por la sustitución real y completa de la personalidad jurídica del representante a la del representado; en otros términos, es la voluntad del representante, sustituyéndose a la del representado, la que participa real y directamente en la formación del contrato que producirá sus efectos en la persona del representado" (11).

44.—La tesis de M. Pilón fue, podríamos decir, la señal de avanzada en la materia y cautivó a todos los tratadistas contemporáneos que decididamente se inclinaron en favor de esa doctrina.

Así, Colin y Capitant aceptan ampliamente este criterio expresando "que en el estado actual del derecho, un acto jurídico puede producir efectos respecto de una persona distinta de aquella que lo ha ejecutado" y agregan, poco más adelante, "que el representante es quien ejecuta el acto. La manifestación de voluntad emana del representante" (12).

En el mismo sentido se pronuncian Planiol y Ripert, cuando definen la representación como el medio que tiene una persona de realizar, *sirviéndose de la voluntad de otra,* los mismos efectos que si hubiera contratado personalmente.

Aubry et Rau, que no reconocen en la representación una institución autónoma, sino que la tratan incidentalmente al estudiar el mandato, reconocen, sin embargo, que es el mandatario quien, en virtud del poder conferido por su mandante, celebrará los actos que se le han encomendado. Es el mandatario el que celebra el contrato; el mandante sólo ha conferido a aquél poder para que esos actos, por él celebrados, le afecten. (13)

---

(10) Pilon, Eustache: Essai d'une théorie général de la réprecentation dans les obligations, tesis, Caen, 1897, págs. 48 y 49, cit. Levy Ullman, ob. cit., pág. 353.

(11) Pilon: ob. cit., 1ª parte, cap. II, párrafo III, cit. M. Popesco Ramniceano, De la representation dans les actes juridiques, página 23.

(12) Colin y Capitant: Curso Elemental de Derecho Civil, tomo I, pág. 183.

(13) Aubry et Rau: Cours de Droit Civil francais, tomo VI, pág. 151.

45.—No obstante, como una excepción al criterio general que adoptan los tratadistas en esta materia y que es el que acabamos de exponer, M. Demogue declara inclinarse por la teoría de Mitteis, aunque sin aceptarla íntegramente. Considera que el representante es una persona que "por razones de solidaridad social" tiene cierto poder sobre el patrimonio del representado. Contratando, usa de su propio derecho y afecta, sin embargo, aquel patrimonio. Pero (y aquí es donde acepta la teoría de Mitteis), en la medida que el representante ejecuta las órdenes precisas del representado, es un simple mensajero. (14)

46.—No insistiremos más en el error que significa a nuestro juicio, confundir el poder de representación que otorga el poderdante con el acto mismo representativo, que celebra el apoderado, y nos remitimos a lo dicho en los números 27, 28 y 29.

47. — J. Hupka adopta abiertamente el criterio de Pilón y reconoce que en la celebración del acto representativo no interviene otra voluntad que la del representante y la del tercero, cuando ésta es necesaria para la generación del acto. El representado es extraño al contrato, sólo los efectos de éste se producirán en su patrimonio. (15)

48—M. Levy Ullman, profesor de Derecho Comparado de la Universidad de París, acepta plenamente la tesis de Pilón y fundándose en ella pretende, todavía, ubicar la representación dentro de las instituciones existentes en el derecho moderno, lográndolo con gran éxito a nuestro juicio.

Según este distinguido profesor, la representación no es otra cosa que *una modalidad del acto jurídico*. En virtud de la modalidad representación, dice, los efectos del acto que celebran un representante y un tercero no van a radicarse en el patrimonio de éstos, como sería lo normal, sino en los del tercero y el representado.

49—Tenemos, entonces, que la representación aparece así como "la modalidad en virtud de la cual los efectos del acto celebrado por una persona (llamada representante) por cuenta de otra (llamada el representado), se producen directa e inmediatmaente en la persona del representado. (16)

En efecto, sabemos que los actos pueden ser puros y simples o sujetos a modalidades. M. Capitant entiende por modalidad "una modificación aportada por las partes a las consecuencias naturales del acto (17), y M. Levy Ullman expresa que debe entenderse por modalidad "todo elemento accidental que puede afectar al acto jurídico, sea por disposición de la ley o por la voluntad de las partes. (18)

Podríamos decir, entonces, que modalidad es todo elemento accidental introducido en un acto jurídico, que tiene por objeto retardar los efectos del mismo, hacerlos cesar en una época cierta o incierta o bien producir en el acto jurídico efectos distintos de aquellos que éste naturalmente produce.

50.—Es indudable que la representación cabe holgadamente dentro de este concepto amplio de modalidad, puesto que ella aparece como un elemento accidental que, introducido en el acto jurídico por la voluntad de las partes (en la representación voluntaria) o por disposición de la ley (en la representación

(14) Demogue: Traité des Obligations, tomo I, pág. 242.

(15) J. Hupka: Ob. cit., pág. 37 y sgtes.

(16) Levy Ullman: Ob. cit., pág. 352.

(17) Capitant: Introduction a l'étude de Droit Civil, N° 291.

(18) Levy Ullman: Ob. cit., pág. 362.

legal), hace que los efectos del mismo se produzcan en forma diferente a los que se generarían normalmente, puesto que las consecuencias legales del acto no van a radicarse en el patrimonio de las partes, sino en el de una de ellas (el tercero) y en el de otra que no ha intervenido (el representado).

La modalidad es generalmente obra de las partes; son ellas quienes introducen estos elementos accidentales en los actos, a fin de alterar sus consecuencias ordinarias. Pero también pueden ser obra de la ley. Así, en nuestra legislación civil, en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, artículo 1489 del Código Civil.

La representación, como tal modalidad, también puede emanar de la voluntad de las partes, cuando es convencional, o de la ley, como sucede en la representación legal.

51.—El sistema de Levy Ullman responde indudablemente al criterio moderno que ve en la representación una excepción a ciertos principios generales del derecho.

En efecto, observábamos anteriormente (ver números 6, 7, 8 y 9) que la representación aparece como una alteración de las circunstancias normales del acto, lo que vale decir como una modalidad del acto jurídico, ya que éstas tienen por objeto, precisamente, alterar los efectos que ordinariamente producen.

52.—Como dice M. Popesco, partidario también de esta teoría, los terceros que contratan con un representante deben actuar "contemplatione domine", esto es, con la intención de que los efectos del acto se radiquen en su patrimonio y en el de un tercero (el representado), dejando libre a su contraparte. O sea, el representante y el tercero, al actuar con esta intención común, están admitiendo una modificación a los efectos naturales del contrato; están consintiendo en una modalidad (19)

53.—Del hecho que la representación sea una modalidad del acto que celebran el representante y el tercero, se deducen algunas consecuencias que, aun cuando las examinaremos más adelante, no queremos dejar de enunciarlas brevemente, por cuanto nos permiten ver cómo calza perfectamente la representación en el concepto de modalidad. Ellas son:

a) En primer término, es el representante quien celebra real y verdaderamente el contrato; el representado no tiene participación alguna en él, sólo los efectos del acto o contrato se producirán en su patrimonio;

b) Por lo tanto, las condiciones que exige la ley para que un acto o declaración de voluntad sea válido, debemos buscarlas en el representante. Este es quien deberá prestar su consentimiento, exento de vicios y quien ha de tener capacidad suficiente para otorgarlo;

c) En cambio, como los efectos del acto se van a radicar en el patrimonio del representado, este patrimonio ha de ser susceptible de experimentar tales efectos. De aquí que el representado no pueda encomendar al representante la ejecución de actos que no podría celebrar lícitamente él mismo.

d) Siendo la representación una modalidad del acto que celebran el representante y el tercero, el que alegue la existencia de la representación debe probarla, puesto que la regla general es la de que los actos se reputan puros y simples; la modalidad constituye la excepción y como tal, debe probarse;

e) Como la regla general es, también, la de que todos los actos jurídicos admiten modalidades, menos

(19) Popesco Ramniceano: Ob. cit., página 219.

aquellos que la ley expresamente exceptúa, tenemos que la representación tiene cabida asimismo en todos los actos jurídicos, salvo en aquellos que la ley prohibe expresamente.

f) Por último, si se logra acreditar que el contrato no se ha celebrado "contemplatione domine", esto es, que no ha habido intención compartida por ambos contratantes, de que los efectos del acto se produzcan en el patrimonio del tercero y del representado, es evidente que no habrá representación, o sea, no existirá modalidad que afecte al acto y éste permanecerá puro y simple. En consecuencia, el contrato afectará entonces a las partes contratantes (representante y tercero) y no al representado. Esta solución, por lo demás, ha sido aceptada por todas las legislaciones, incluso por la nuestra especialmente cuando el mandatario omite expresar en el contrato que actúa en esa calidad.

54.—En cuanto a nosotros, aceptamos abiertamente la teoría de M. Pilón y M. Levy Ullman considerando, en consecuencia, que es el representante quien manifiesta su voluntad en el negocio que se le ha encomendado y que es ésta la que, en concurso con la del tercero, da nacimiento al acto representativo, esto es, al acto cuyas consecuencias jurídicas se radicarán en el patrimonio del representado.

Este, al otorgar poder, manifiesta su voluntad en afectar su patrimonio a las consecuencias del acto que celebrará después el representante. Esa manifestación de voluntad no envuelve ni significa una oferta contractual frente a terceros. Esta la hará el representante y él dará nacimiento al contrato mediante su declaración propia de voluntad. El contrato así celebrado, en virtud de la modalidad representación, introducida por el representante y el tercero, afectará directamente a éste y al representado, creándose una relación directa entre ambos por encima de la persona y del patrimonio del representante.

Y somos de opinión aún, que a estas conclusiones se llega también mediante un estudio detenido de las diversas disposiciones de nuestro derecho positivo.

David Stitchkin Branover

SALA PLENA

ARTICULO 4º DE LA LEY 100 DE 1937, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL. BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y BIENES DE DOMINIO PRIVADO—LA LEY, COMO CREADORA DE DERECHOS PERSONALES O REALES—EL ARTICULO ACUSADO ES INEXEQUIBLE POR VIOLAR UN DERECHO ADQUIRIDO CON JUSTO TITULO

1—La limitación de propiedad que del edificio destinado a perpetuidad para la Academia Colombiana de la Lengua hizo el Congreso de 1914, como la que hizo el de 1937, se refirió a un inmueble de dominio privado del Estado, por naturaleza susceptible de ser objeto de gravámenes y limitaciones civiles en favor de los particulares. Mientras que en relación con los bienes de dominio público son imposibles las enajenaciones de la propiedad o de alguno de sus atributos esenciales, en cuanto a los bienes que figuran en el dominio privado del Estado ellos pueden ser objeto de un derecho de propiedad regulado por el Código Civil. Por ser esos bienes alienables y prescriptibles pueden ser materia de servidumbres y de recortes a la propiedad por los modos del derecho común. Por este camino se llega a la conclusión de que la Ley 11 de 1914 creó en favor de la Academia Colombiana de la Lengua no una concesión o gracia de naturaleza puramente administrativa, revocable cuando lo quisiera el Estado, no obstante la promesa de darlo a *perpetuidad*, sino un derecho de aspecto civil patrimonial por causa de que versó o tuvo por objeto un bien sometido en líneas generales al régimen de la propiedad privada,—2.—La ley por sí misma, sin necesidad de fórmulas ulteriores puede crear derechos personales o reales, de carácter estrictamente civil en favor de los particulares y a cargo del Estado. De manera que desde que la ley se promulgue y se hace, con el goce, efectivo el derecho, éste se radica definitivamente en cabeza del beneficiado. Cuando es la ley misma la que directamente constituye y trasmite el derecho, los objetivos de la escritura y del registro ella misma los llena y en forma más perfecta que las solemnidades habituales obligatorias entre particulares. Siendo la ley la norma suprema, cuando quiera que tienda a garantizar un estado particular de derecho, la efectividad de éste no puede hacerse depender de normas que ella misma no haya previsto, porque se corre el peligro de desconocerla anulando su sentido. Así las cosas, la Academia Colombiana adquirió un derecho de índole civil que no podía serle arrebatado por el mismo legislador que lo había concedido. De donde se deduce que el artículo acusado es inexequible por contrario al artículo 26 de la nueva codificación constitucional.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

-I-

El Congreso de 1914 expidió la Ley 11 de ese año, en la cual dispuso:

"Artículo 1º—La estatua de don Miguel Antonio Caro, mandada erigir por la Ley 12 de 1911, se levantará en el ángulo nordeste de la casa en que vivió y murió aquel eminente colombiano.

"Parágrafo—En lo restante del área ocupada actualmente por dicha casa, se construirá, a costa de la Nación, un edificio destinado a perpetuidad para sesiones y demás actos de la Academia Colombiana de la Lengua, y para local de sus oficinas.

"Artículo 2º—El Gobierno Nacional adquirirá la casa de Caro, para los fines del artículo anterior, pagando por ella la suma que fijen dos peritos nombrados uno por el Ministerio de Obras Públicas y otro por los actuales dueños de la finca. En caso necesario el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo nombrará un perito tercero en discordia.

"Artículo 3º—Queda en estos términos reformado el artículo 2º de la Ley 12 de 1911.

"Artículo 4º—En el Presupuesto se incorporarán las partidas necesarias para dar cumplimiento a esta ley".

Después el legislador de 1937 promulgó la Ley 100 de 10 de noviembre de aquel año, "por la cual se asocia la Nación a la celebración del cincuentenario de la fundación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros", en que se cambió la destinación del edificio construído para la Academia Colombiana de la Lengua, mediante el siguiente artículo:

"Artículo 4º—Concédese a la Sociedad Colombiana de Ingenieros por tiempo indefinido el derecho de uso y habitación del edificio que hoy ocupa. En caso de que por grave y comprobado motivo de necesidad pública necesitare el Gobierno darle otra destinación a ese edificio, suministrará previamente a la Sociedad otro semejante y adecuado a las necesidades de la corporación por razones de ubicación, amplitud, presentación, etc."

-II-

La demanda de inconstitucionalidad

La Academia Colombiana de la Lengua que goza de personería jurídica desde el 22 de julio de 1912 (Diario Oficial número 14,655) por medio de su director constituyó apoderado ante la Corte para demandar la inconstitucionalidad del transcrito artículo 4º.

El apoderado demandante señala como infringido por el congreso el artículo 26 de la codificación constitucional en cuanto que al darle nueva destinación al edificio construído para la Academia desconoció un derecho adquirido legítimamente por esta entidad mediante la Ley 11 de 1914. He aquí sintetizado su raciocinio:

La Academia Colombiana de la Lengua recibió del gobierno el edificio, una vez terminado; lo ocupó durante varios años; mantuvo en él sus oficinas y celebró allí sus reuniones en armonía con el mandato legislativo.

No había sido reformada la ley, ni menos derogada, cuando por simple permiso del ministerio de educación nacional, la Sociedad Colombiana de Ingenieros empezó a celebrar sus reuniones en el referido local, sin que de parte de la Academia Colombiana de la Lengua mediara renuncia o abandono de sus derechos. En esas circunstancias vino la Ley 100 de 1937 que en su artículo 4º desconoce la destinación dada "a perpetuidad" al mencionado inmueble y le otorga "el derecho de uso y habitación por tiempo indefinido", a la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

Conocida la voluntad del Estado, por medio de su Organo Legislativo, que fue la de cederle a la Academia a perpetuidad el edificio construido en cumplimiento de la Ley 11 de 1914; de igual manera demostrada con hechos, la aceptación de la entidad favorecida, se creó un vínculo jurídico que no puede romper el Congreso por su propia cuenta.

Dentro de las dependencias oficiales pueden variarse las destinaciones dadas,

en general, a bienes raíces o muebles, en armonía con las necesidades del servicio público; pero cuando se trata de personas naturales o jurídicas no puede realizarse sino de común acuerdo entre los interesados.

El primer acto administrativo dio nacimiento a un derecho privado que tiene que respetarse.

Incorporado ese derecho en el patrimonio de la Academia, quedó comprendido en las garantías otorgadas por el artículo 26 de la constitución nacional; verificado el hecho previsto en la ley, surgieron las consecuencias jurídicas que con él se relacionan.

El simple acto de gobierno, es propio de la autoridad y tiene por fin actividades políticas y sociales en cuanto manda, permite, prohibe o castiga.

En los actos de gestión aparecen otros factores que vienen a representar el interés de los ciudadanos, y, por lo mismo, crea ya relaciones contractuales inmodificables sin su consentimiento.

Esto, que resulta de una evidencia indiscutible cuando se habla de contratos, hay que aplicarlo a muchas otras actuaciones de la administración pública que no entran en la clasificación ordinaria de su ejercicio.

Así vemos que, por medio de simples leyes, cede la nación a los departamentos o a los municipios zonas determinadas de terrenos baldíos, locales para escuelas, para casas de beneficencia o establecimientos de diversa índole; les da el uso y goce de bienes nacionales o les permite realizar en ellos obras de interés general.

Pues bien; cedidos esos baldíos; destinados esos bienes a objetos propios de la vida departamental o municipal, expresando que se hace "a perpetuidad", no puede la nación privar de su derecho ni a los departamentos ni a los municipios cuando así lo quiera.

Razones de mayor peso existen para sostener que las destinaciones o cesiones hechas por ley, a favor de personas jurídicas o naturales, comprometen la buena fe de los estados y no quedan sujetas a su revisión voluntaria, ni menos a la derogatoria de las providencias que crearon un derecho legítimo que los terceros interesados pueden hacer valer.

En el caso de la Academia Colombiana de la Lengua los términos del legislador fueron precisos: destinó "a perpetuidad" un local, levantado según lo dispuesto en la ley. Cambiar esa situación implica el desconocimiento de un derecho que integraba el patrimonio de la Academia Colombiana de la Lengua en cuanto al uso y habitación del edificio.

Estos son los principales conceptos de la demanda, con la cual se acompañó un certificado autorizado por el señor ministro de educación nacional en el que consta que el edificio que en la actualidad ocupa la Sociedad Colombiana de Ingenieros, es el mismo que, por virtud de la Ley 11 de 1914, fue destinado a la Academia Colombiana de la Lengua.

-III-

El concepto del Procurador

Pedido su concepto al señor procurador general de la nación, acerca de la demanda, este funcionario dice:

El derecho adquirido por la Academia Colombiana de la Lengua, según la Ley 11 de 1914, consistiría en la destinación a perpetuidad, de un edificio nacional, para habitación de ella; es decir, que constituiría derecho de habitación, conforme el inciso 2º del artículo 870 del código civil.

¿Pero está incorporado efectivamente, se pregunta el señor procurador, en el patrimonio de la Academia el derecho de habitación que le concedió la Ley 11 de 1914? El artículo 870 del código civil define lo que son los derechos de uso y habitación, considerándolos como derechos reales. El artículo siguiente dispone que esos derechos se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo. El artículo 756 ibidem establece que se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en

la oficina de registro de instrumentos públicos, y que "de la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituídos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca". Por otra parte, el título 9º del libro 2º del código civil, después de definir el derecho de usufructo, de declarar la coexistencia de los derechos del **nudo propietario** y del **usufructuario**, y de determinar los modos como se puede constituír el usufructo, estatuye en el artículo 826 que el usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos, "no valdrá si no se otorga por instrumento público inscrito".

Podría objetarse que como en el caso de la Academia fue una ley la que instituyó el derecho de habitación, esa ley, por sí sola, constituyó y trasfirió el ejercicio real y efectivo del mencionado derecho, sin más requisitos y formalidades. "Pero para esta procuraduría el usufructo legal a que se refiere el numeral 1º del artículo 825 corresponde a una institución jurídica que define y reglamenta el código civil y que por su naturaleza se sujeta a las reglas especiales de la misma obra (artículo 869). No acontece lo propio con una ley que concede el dominio —o uno de sus atributos— de un bien del Estado a cualquiera entidad de derecho público o de derecho privado. En estos casos la ley es el mandato que el Organo Legislativo confiere al Ejecutivo para otorgar la cesión o el beneficio a la entidad favorecida. Hasta aquí no hay más que una situación potencial suficientemente apta para crear una relación jurídica, mediante el cumplimiento de requisitos y formalidades que concreten la realización de aquella situación potencial. Mientras el mandato legal no se ponga en ejecución por los medios que la naturaleza del acto comporta; es decir, mientras los efectos de ese mandato no se radiquen en la persona a quien favorecen, no se ha generado el fenómeno jurídico de un derecho incorporado en el patrimonio del presunto adquirente, y por lo mismo no se contempla la realización de un derecho adquirido, que, para decirlo más objetivamente, estuviera operando económicamente en el patrimonio del beneficiario. Todo lo cual expresa el concepto de que la ley por sí sola y en el punto concreto de derechos reales, no constituye derecho adquirido que pueda considerarse como un bien o un servicio incorporado en el patrimonio de una persona natural o jurídica. La ley es solamente un título que sirve para crear válidamente una situación jurídica, y es esta situación jurídica, una vez creada con sujeción a la ley, lo que viene a constituír el vínculo de **derecho adquirido** para una parte, con la correlación indispensable de **obligación** contraída a cargo de otra persona. Pero puede ocurrir —y es el caso que se estudia— que existiendo una ley que autoriza la formación de determinada situación jurídica, ésta no se realiza, porque no se ejercitan los medios que son indispensables para realizarla, y mientras tanto ocurre un cambio en la ordenación legal, lo cual no implica desconocimiento de un **derecho adquirido**, porque tal derecho no se concretó en la realidad".

Luégo de citar el señor procurador algunos conceptos de expositores nacionales y de la Corte sobre la noción de derecho adquirido, dice que podría argüírse en favor de la tesis de la demanda que aunque no aparece que se hubieran cumplido las formalidades prescritas en el código civil, es lo cierto que la Academia según el demandante, recibió del gobierno el edificio una vez terminado, manteniendo allí sus oficinas, en armonía con el mandato legal; por consiguiente que tales hechos consumados se ajustan a la noción de derecho adquirido. Empero, aun dando por sentados esos hechos es lo cierto que al ser expedida la Ley 100 de 1937 ya había desaparecido esa situación de hecho que se afirma en la demanda, porque la Academia dejó de ocupar el edificio desde algunos años antes.

- IV -

Examen de la cuestión planteada

Dentro de su función natural el Estado

frecuentemente acude en auxilio de determinadas obras que no por corresponder a la iniciativa privada dejan por ello de revestir un más o menos acentuado carácter de interés público, en razón de sus finalidades culturales, religiosas, de beneficencia, etc.

Hay necesidades en cuya satisfacción no está directa e inmediatamente comprometida la gran masa social, pero que en cambio sí responden a justos anhelos espirituales de importantes núcleos de esa masa. Deber del Estado democrático es entonces cooperar en la medida de sus capacidades y recursos a que la iniciativa privada no fracase en la realización de aquellas obras nacidas al calor de nobles aspiraciones de mejoramiento colectivo, alejadas de todo espíritu de lucro, porque propónense más que todo, como las Academias científicas, el fortalecimiento de los factores morales de la nacionalidad que por su carácter de imponderables son los que con el correr de los tiempos marcan en definitiva el rumbo de cada pueblo.

Indudablemente inspirados por ese imperativo de cooperación estatal, que nuestra constitución no podía menos de consagrar, haciéndolo en el ordinal 17, artículo 69, de la actual codificación, los congresos de 1914 y 1937 vinieron en auxilio de nobilísimos focos de cultura y de investigación científica, como son la Academia Colombiana de la Lengua y la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Aunque cada una de estas agrupaciones del saber colombiano irradia sobre distintos campos de acción y constituye cifra y compendio de nuestra ciencia y de sus mejores exponentes en esos dos campos de estudio, la finalidad de ambas entraña por igual un solo y combinado esfuerzo en pro del avance cultural del país. De manera que ambas también por igual merecen, por tan benéficos propósitos, el estímulo y la protección de los poderes públicos.

La Ley 11 de 1914 dispuso, queriendo rendir homenaje al sabio humanista que fue don Miguel Antonio Caro, que su estatua, mandada ya erigir por la Ley 12 de 1911, se levantara en el ángulo noreste de la casa en que vivió y murió ese eminente colombiano; y en el resto del área ocupada por dicha casa se construyera, a costa de la nación, un edificio destinado a perpetuidad para sesiones y demás actos de la Academia Colombiana de la Lengua, y para local de sus oficinas.

Quiso así el congreso de 1914 cumplir dos actos trascendentales y justicieros: perpetuar en el bronce, precisamente en el propio sitio donde vivió y murió, la memoria de uno de los máximos valores espirituales hispanoamericanos; y facilitarlo a la institución que aquél aprestigió y animó con el brillo de su inteligencia y la colaboración constante de su inmenso saber, que lo vinculaba especialmente al perfeccionamiento del idioma, un edificio apropiado donde la institución poseyera albergue de por vida al amparo del cual pudiera darle mayor impulso a su obra bienhechora sobre el pedazo de tierra que la morada de Caro hizo histórico.

¿Pero qué clase de derecho adquirió la Academia con aquel acto generoso y protector del congreso?

¿Fue un derecho de carácter civil, esencialmente irrevocable, mientras la Academia subsistiese?

¿O fue por el contrario una concesión especial de naturaleza estrictamente administrativa o de derecho público, que no obstante haberse prometido a perpetuidad, el Estado, por conducto del mismo órgano que la decretó, podía retirar en cualquier tiempo sin menoscabo ni lesión de ningún derecho prevalente de la Academia?

He ahí el fondo del problema de cuya solución se desprenderá el éxito o el insuceso de la demanda de inconstitucionalidad.

La Corte piensa que la respuesta afirmativa a cualquiera de esos dos interrogantes depende primordialmente de la categoría a que pertenezca el bien afectado con el servicio.

Porque precisa establecer, como punto de partida, que el Estado, a semejanza de

toda persona natural o jurídica posee un conjunto de bienes muebles o inmuebles sobre los cuales ejerce el dominio y de que se sirve directa o indirectamente para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos; y que a diferencia de las demás personas, y precisamente por su naturaleza especial, el Estado ejerce de manera distinta ese derecho según se trate de dependencias de dominio privado o de dominio público. Las primeras exigen estar sometidas a un régimen igual al de la propiedad de los particulares, salvo en cuanto la ley estatuye preceptos especiales concernientes generalmente al modo de su administración y disposición por el gobierno, preceptos que hacen parte de la legislación fiscal. Para las dependencias de dominio público en cambio existe un régimen peculiar establecido por el derecho administrativo, de manera que por excepción se gobiernan por las disposiciones del derecho civil.

Esta distinción de los dos dominios encuentra su base fundamental en el modo de ser de la entidad Estado al cual están llamados a servir de diversa manera los bienes que le pertenecen, dualidad que es incompatible con el régimen de la propiedad de los particulares. Y luego también arranca de la misma legislación positiva. El artículo 674 del código civil dice que son bienes de la Nación aquellos cuyo dominio pertenece a la república. En lo que comprende el dominio general del Estado así público como privado. Pero luégo agrega: si el uso de los bienes pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos se llaman **bienes de uso público o bienes públicos del territorio.** Ya en esta parte la ley definió los bienes de dominio público, expresando que son los mismos de uso público.

El dominio público está constituído pues por bienes de uso público. Tal dominio aparece así como un verdadero dominio del público, ya que los particulares por el uso que hacen de los bienes destinados a su servicio, absorben toda su utilidad. De ahí por qué una de las consecuencias de esa característica sea que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.

Debido a la preponderancia que actualmente adquieren en la vida de los Estados las nociones de servicio público y de utilidad pública, autores modernos de derecho administrativo como Hauriou, Duguit y otros pretenden encontrar la base del dominio público en la simple afectación del bien a un servicio público, en lugar del criterio tradicional de la **afectación de una cosa al uso de todos,** que es el que emplea nuestro código civil. De acuerdo con esta avanzada concepción muy en boga en Francia, donde se carece de una disposición similar a la de nuestro artículo 674, y en donde el único criterio legal que hay al respecto es el impreciso y vago del artículo 538 del código de Napoleón, los edificios públicos de toda clase afectados al funcionamiento de cualquier servicio público, como las cárceles, los hospitales y asilos, los edificios escolares, las universidades, palacios nacionales, departamentales o municipales en que funcionan los despachos oficiales, pertenecen al conjunto de bienes del dominio público, aun cuando los simples ciudadanos no tengan el uso exclusivo de ellos.

Para Bonnard (Précis de Droit Administratif par Roger Bonnard, página 434) el criterio clásico, expuesto principalmente por Berthélemy para quien existe un dominio público por naturaleza y otro por disposición expresa de la ley, se puede conciliar muy bien con el moderno criterio defendido por Hauriou, y de ahí sacar la verdadera definición comprensiva del dominio público en Francia como aquella parte del dominio del Estado "constituído por las propiedades administrativas que están afectadas al uso de todos o bien al funcionamiento de un servicio público y que por consiguiente se someten a un régimen especial". Todos los demás bienes del Estado pertenecen al dominio privado.

El Consejo de Estado de Colombia prohija la doctrina de Bonnard cuando en su

fallo de 13 de julio de 1938 (Anales número 269, pág. 639), dice:

"Lo que propiamente distingue el dominio público del privado es la afectación o destinación, natural o creada por la administración pública, acompañada la última de formalidades diversas, que, por lo mismo, asume carácter artificial. La natural, respecto del Estado, no desaparece sino a virtud de ciertos fenómenos, como la accesión a orillas del mar o de los ríos, y la segunda de modo distinto de como la afectación se produce: reducción de baldíos, etc., de acuerdo con las leyes fiscales nacionales.

"También en principio, las dependencias del dominio público son inalienables e imprescriptibles como consecuencia necesaria de su afectación inmediata a un servicio público o a un uso público: vías públicas ,plazas. Y los particulares pueden utilizarlas en condiciones fijadas de antemano, gratuitamente y todos en igualdad de circunstancias.

"Constituyen en cambio, el dominio privado de las entidades de derecho público aquellos bienes que no hacen parte del dominio público, tales como los edificios, las explotaciones agrícolas, las empresas industriales, los muebles, las acciones de sociedades comerciales, que se adquieren a título gratuito u oneroso, que conservan su calidad originaria al ser incorporados en el respectivo patrimonio. Son enajenables y prescriptibles, objetos de concesión a particulares, y su gestión jurídica y económica se ciñe de ordinario a los preceptos de la legislación civil o comercial".

Aun adoptando por vía de discusión el criterio de Bonnard para distinguir los bienes de dominio público, lo que sí resulta evidente es que el edificio construído por la nación y destinado por la ley desde su origen al servicio de la Academia Colombiana de la Lengua, por ningún aspecto hace parte de ese dominio.

Por mandato legislativo la nación adquirió "la casa de Caro" con un objeto especial, según el mismo precepto: para que allí se construyera un edificio destinado exclusivamente, y a perpetuidad, al uso de aquella institución, la que no obstante sus fines culturales y de interés público es una corporación de derecho privado, de las contempladas en el código civil (artículo 633 y siguientes) y como tal debe ser tratada. La Academia no es una dependencia oficial, pero ni siquiera lo que los tratadistas de derecho llaman hoy un establecimiento público, es decir una dependencia del Estado, pero con personería, bienes y rentas propias.

El bien no está afectado así al funcionamiento de ningún servicio público ni es tampoco de uso público.

De consiguiente, la limitación de propiedad que de ese bien hiciera el congreso de 1914, como la que hizo el de 1937, refiriόse a un inmueble de dominio privado del Estado, por naturaleza susceptible de ser objeto de gravámenes y limitaciones civiles en favor de los particulares.

Porque esta es otra de las consecuencias de que una cosa integre el patrimonio de dominio público: que mientras revista ese carácter, y debido a la regla de inalienabilidad de los bienes amparados por ese dominio, son imposibles las enajenaciones de la propiedad o de alguno de sus atributos esenciales, así como la constitución de servidumbres, por los modos del derecho civil, y que tiendan a limitar la destinación de la cosa al uso de todos en provecho individual. Pero en cambio los mismos bienes sí son susceptibles, como enseña Hauriou, de enajenaciones y constitución de derechos reales, afectados de precaridad, por los modos del derecho administrativo: "Es por la condición de precaridad —dice ese autor— por lo que se hace posible efectuar sobre el dominio público operaciones de la vía administrativa, no obstante el principio de la inalienabilidad, porque la precaridad impide que la enajenación llegue a consumarse en el sentido civil del vocablo. La precaridad es desde luego una reserva destinada a garantizar la afectación de la cosa, porque la revocación intervendrá desde que el bien del servicio lo exija".

Por el contrario, y este es principio aceptado por todos los autores de derecho civil y administrativo, los bienes que figuran en el dominio privado del Estado son objeto de un derecho de propiedad regulado por el código civil. Por ser esos bienes alienables y prescriptibles pueden ser materia de servidumbres y de recortes a la propiedad por los modos del derecho común. Planiol y Ripert dicen que el principio que se puede sentar en materia de bienes de dominio privado es que en defecto de reglas especiales habrán de aplicarse las del derecho civil.

Por este camino es así como se llega a la conclusión de que la Ley 11 de 1914 creó en favor de la Academia Colombiana de la Lengua no una concesión o gracia de naturaleza puramente administrativa, revocable cuando lo quisiera el Estado, no obstante la promesa de darlo a perpetuidad, sino un derecho de aspecto civil patrimonial por causa de que versó o tuvo por objeto un bien sometido en líneas generales al régimen de la propiedad privada.

Dicho ordenamiento legal cedió gratuitamente a la beneficiada un derecho de ocupación del inmueble, más de carácter civil que administrativo, en armonía con el régimen bajo cuya influencia permanece el bien materia de la liberalidad, influencia que por ser tal tiene en consecuencia la virtud de modelar los actos jurídicos del Estado en cuanto se proponga otorgar derechos sobre el inmueble a los particulares.

Es sabido que la ley por sí sola es fuente inmediata y directa de derechos y de obligaciones civiles. El legislador tuvo pues perfecta capacidad para conferirle un derecho civil patrimonial a la Academia, gratuitamente, con miras a estimular las actividades benéficas de la corporación. E igualmente tuvo el poder de señalar los límites de ese beneficio tanto en el tiempo como en su contenido material. De manera que si dispuso que en cuanto al tiempo fuese perpetuo, hizo una derogación excepcional de la regla común relativa a la duración temporal del derecho de uso o habitación entre particulares, siendo esa la única novedad que para el caso se advierte dentro del sistema general de aquella institución legal. Novedad válida por lo demás, ya que el Estado como supremo ordenador de la ley positiva puede prever las condiciones particulares en que concede un beneficio. Para el caso particular de la Academia este beneficio se quiso otorgar como un derecho de uso y habitación de carácter civil, por tiempo indefinido, acomodado a la naturaleza de la institución. La nueva ley de 1937, dictada en provecho de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, aclara completamente el punto, porque ella sí define ya ese derecho de ocupación, concedido antes a la Academia, como de uso y habitación.

La Corte no comparte la opinión del señor procurador general de la nación, consistente en que por no haberse otorgado y registrado escritura pública para efectuar la tradición del derecho real concedido a la Academia, ella no adquirió en realidad tal derecho por haber faltado un elemento de su perfeccionamiento. Existe el título —la ley— pero faltó la tradición. Mientras la ley no se ponga en ejecución por los medios que la naturaleza del acto comporta, arguye el señor procurador, es decir con el otorgamiento de escritura pública registrada, conforme la constitución de todo derecho real, nada se ha incorporado en el patrimonio de la entidad beneficiada, la que por lo tanto está imposibilitada para defender con la alegación de derechos adquiridos.

Negado. La ley por sí misma, sin necesidad de fórmulas ulteriores puede crear derechos personales o reales, de carácter estrictamente civil en favor de los particulares y a cargo del Estado. De manera que desde que la ley se promulgue y se hace, con el goce, efectivo el derecho, éste se radica definitivamente en cabeza del beneficiado.

Con relación a la constitución de derechos reales se explican entre particulares las formalidades de la escritura y el registro, para hacer solemne el acto, dándole plenas garantías de autenticidad y

conocimiento de los terceros ajenos al contrato.

Pero cuando es la ley misma la que directamente constituye y trasmite el derecho, como en el caso sometido a la consideración de la Corte, los objetivos de la escritura y del registro ella misma los llena y en forma más perfecta que las solemnidades habituales obligatorias entre particulares.

Siendo la ley la norma suprema, cuando quiera que tienda a garantizar un estado particular de derecho, la efectividad de éste no puede hacerse depender de normas que ella misma no haya previsto, porque se corre el peligro de desconocerla anulando su sentido. Tal el caso contemplado. La ley que le concedió a perpetuidad a la Academia el uso del edificio construido en la Plazuela de Caro, no previó que para que ese derecho se consolidara y fuera efectivo, se otorgase por el gobierno escritura registrada. Antes bien, de los propios términos del ordenamiento se desprende que en el pensamiento del legislador estuvo viva la idea de que inmediatamente que el edificio quedara terminado, la Academia entrase a ocuparlo con sus oficinas. De consiguiente, exigir hoy más formalidades para considerar perfeccionado el derecho, equivale a anular y desconocer, por inútiles requisitos, la voluntad legislativa claramente manifestada.

Examinada la cuestión propuesta a la luz de todas estas ideas, salta a la vista que la Academia adquirió su derecho a ocupar el edificio apenas se construyó; y que este derecho de índole civil, conforme hase visto, no podía serle arrebatado por el mismo legislador que se lo había concedido.

Se arguye también por el señor procurador que aun concediendo la existencia del derecho a favor de la Academia, es lo cierto que cuando se expidió la Ley 100 de 1937 ese derecho ya había desaparecido, como quiera que la mencionada ley constata que el edificio ya no era ocupado por la Academia sino por la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

A esto se observa que la Ley 100 sólo constata el hecho de la ocupación material del edificio por esta última corporación. Pero ello en manera alguna significa que la Academia voluntariamente hubiese abandonado su derecho, pues semejante interpretación está contrariada por la demanda misma de inexequibilidad encaminada a hacer desaparecer la autorización que la Ley 100 le concedió a la Sociedad ocupante para gozar de un derecho que con antelación pertenecía a aquélla. Fuera de que el solo hecho de la ocupación, sin que la misma ley constate los medios por los cuales llegóse a ella, y que no entrañen un forzado desplazamiento del anterior legítimo ocupante, no podía dar razón o fundametno para desconocer el derecho que legalmente había adquirido ya la Academia.

El artículo 26 de la nueva codificación constitucional, a cuyo amparo se acoge el demandante, garantiza 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.

Este canon constitucional salvaguardia el derecho de la Academia, derecho que mientras estuviera vigente, no podía ser así materia de nueva cesión como la realizada por la Ley 100 de 1937, disposición que por ello resulta francamente viciada de inconstitucionalidad.

- V -

Resolución

Con base en los fundamentos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, en Sala

Plena, y oído el Procurador General de la Nación, en uso de la facultad que le otorga el artículo 149 de la Carta, declara que es inexequible el artículo 4º de la Ley 100 de 1987.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta a los señores ministros de obras públicas y educación nacional, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Salvador Iglesias — Liborio Escallón. Pedro A. Gómez Naranjo — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—José Antonio Montalvo—El Conjuez, C. A. Torres Pinzón—Pedro Alejo Rodríguez—Eleuterio Serna R.—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO

de los magistrados doctores Hernán Salamanca, Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, y del Conjuez, doctor C. A. Torres Pinzón.

Consideramos que la acertada decisión de este negocio ha debido hacerse a la luz de las ideas y principios que brevemente exponemos a continuación como las razones en que fundamos nuestro respetuoso salvamento de voto.

El parágrafo del artículo 1º de la Ley 11 de 1914 que destinó a perpetuidad para sesiones y demás actos de la Academia Colombiana de la Lengua y para local de sus oficinas, la casa construída por la Nación en el sitio que ocupó la que fue habitación del eminente colombiano don Miguel Antonio Caro, es una disposición que tiene el carácter de un uso gracioso que el Estado ha concedido a una institución de naturaleza jurídica no absolutamente privada, en consideración a su utilidad social y en función pública de fomento de la cultura nacional. Esta gracia, que constituye una destinación legislativa de uso de un bien nacional a un objeto de utilidad social, no puede jurídicamente considerarse como un derecho civil propiamente dicho que la República tenga la obligación de reconocer como parte civil obligada, y que en virtud de ese precepto legal hubiera ingresado al patrimonio de una persona privada y en él estuviera como derecho adquirido a justo título, con arreglo a las leyes civiles colombianas.

Los derechos civiles son los que emanan de las leyes sustantivas civiles que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles. La Ley 11 en mención no es una ley civil. Es una disposición que no consagra ningún derecho civil en favor de la Academia demandante, sino más bien un derecho social o de naturaleza administrativa, y contiene una verdadera actividad de la administración pública en auxilio y fomento de la cultura colombiana, en uso de la atribución conferida por el numeral 17 del artículo 69 de la C. N.

De "acto administrativo" se califica la destinación legislativa del inmueble en la demanda, y en la sentencia se dice que el motivo que determinó la expedición de estas leyes fue un "imperativo de cooperación estatal" para "obras que no por corresponder a la iniciativa privada dejan por ello de revestir un más o menos acentuado carácter de interés público, en razón de sus finalidades culturales".

La casa edificada con dineros públicos en el sitio que ocupó la del señor Caro, comprada por la Nación, es un inmueble de propiedad de la República de Colombia, que no se puede considerar como de estricto dominio privado, por contraposición a los bienes fiscales de uso público, porque está afectado por la misma ley que ordenó su adquisición a un destino especial de evidente interés público como es el auxilio a una academia que no tiene más finalidad que servir de instrumento a la cultura y dar lustre y renombre a la inteligencia colombiana. Si no fuera en servicio de una empresa cultural, de utilidad y beneficio generales como la ley dio el estímulo y apoyo a la Academia Colombiana de la Lengua, consistentes en destinar un edificio nacional para local de sus sesiones y oficinas, ese acto de favor quedaría bajo la prohibición del numeral 5º del artículo 71 de la Carta. No se puede desvincular del interés y utilidad públicos el acto contenido en la Ley 11 de 1914, porque sometido él a una rígida interpretación de derecho privado, resulta como un inconstitucional acto de

gracia con que la Nación ha acrecido el patrimonio de una persona privada. Son edificios públicos los construídos con dineros del tesoro nacional y destinados para el servicio de la Universidad de Colombia, que también tiene personería jurídica.

La Ley 11 de 1914 que ordenó la compra de la casa referida con la obligación de aplicarla al fin especial que en ella se determinó, genera a favor del beneficiario de la destinación legal un derecho real de carácter administrativo que implica así mismo el correlativo deber social del Estado de respetarlo y velar por su cumplimiento mientras esa destinación no sea variada por otro acto legislativo dictado por el Congreso Nacional en función de cuerpo soberano y destinador del uso de los bienes de propiedad de la República. El derecho de la Academia Colombiana de la Lengua no se puede estructurar con aplicación de las normas y principios del derecho civil para tenerla como titular y dueña de un derecho real de uso y habitación como lo define y reglamenta el código. Es más bien un derecho de uso cívico, no uso civil, como lo denominan algunos autores, o un derecho de uso privilegiado de cosas de propiedad pública, que es la denominación que mejor expresa su verdadera naturaleza jurídica. Con él se limita en realidad el uso de un bien de propiedad nacional; pero en manera alguna puede aceptarse que ese derecho de uso o habitación de la Academia sea una limitación del derecho de dominio de la Nación, o una participación en ese dominio, como lo sería si se considerase que tiene un derecho real de habitación en la acepción y con el alcance que le da el código civil. Si de esta última naturaleza fuera el derecho de la Academia demandante, tendría también la acción para reclamar contra la Nación el cumplimiento de su obligación civil; pero entonces surgiría un serio reparo a la procedencia de la acción pública de inexequibilidad, que así se usaría, contrariando su naturaleza constitucional, para alcanzar la decisión sobre punto estrictamente civil y privado como es el reconocimiento de un derecho patrimonial, sin la observancia de las fórmulas propias del enjuiciamiento, en busca de la prevalencia de un título jurídico anterior y mejor.

Si se sostiene que fue un derecho civil real de habitación lo que generó la citada ley de 1914, a la sombra de los honores públicos decretados a Caro por sus grandes servicios a la Patria y que nada tienen que ver con este aspecto patrimonial de la ley, hay que aceptar que fue mal constituído porque no se hizo con arreglo a las leyes civiles, lo que lo coloca fuera del amparo constitucional consagrado en el artículo 26 de la Constitución. En efecto; el derecho de habitación se constituye de la misma manera que el usufructo, y éste, cuando se constituye a favor de una corporación o fundación cualquiera, no puede pasar de treinta años. La expresión "a perpetuidad", que contiene la ley, es un error jurídico y no puede tener realidad dentro de nuestro sistema constitucional. La concesión de uso y habitación, aunque implica la creación de un derecho real, ha de ser por su propia naturaleza jurídica necesariamente limitada, como está establecido en nuestras leyes civiles. Carecería de contenido el derecho de propiedad si se pudiera alterar con el establecimiento de un usufructo perpetuo, y dentro de nuestro sistema jurídico se destruiría la esencia del dominio superponiéndole un derecho perpetuo de uso y habitación. Admitiendo el usufructo perpetuo, se niega la propiedad, según la frase de Yhering. El precepto que en nuestro derecho civil impide la constitución de un uso a perpetuidad es norma de derecho público, y por consiguiente están sometidos a esta imperativa limitación los que se constituyan con esa calidad imposible. El de que se trata, si así pudiera considerarse la simple concesión administrativa de local para sesiones de la Academia, constituído en esa forma injurídica, fuera de no gozar por este motivo de la garantía constitucional que sólo se da a los derechos adquiridos con justo título y con arreglo

a las leyes civiles, violaría además la norma constitucional del artículo 34 de la Carta, que establece que no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles. Por otra parte, si se hace prevalecer el derecho de habitación ilimitadamente sobre el dominio mismo de la Nación, se le da al acto legislativo el alcance inmerecido de una verdadera enajenación de un bien nacional, cuando ese no fue el pensamiento ni la intención de la ley.

"Hay una serie de derechos que salen de los cuadros consagrados por el código, y que, como los derechos reales sobre cosa ajena, implican correlativamente la obligación negativa de permitir que una persona no propietaria disponga, para un cierto efecto, de una cosa: son los **derechos de uso privilegiado de cosas de propiedad pública**; pero aparte la consideración de que la mayor parte de ellos están reconocidos en leyes especiales, este reconocimiento hállase implícito en la regulación misma de esa propiedad pública, a la que no limitan, como lo hacen los derechos reales respecto de la propiedad privada. .....

"Examinada superficialmente, parece de eficacia análoga propiedad privada y propiedad pública, porque tanto en una como en otra quedan los bienes sustraídos a la actividad libre de un no propietario; pero en aquélla van encaminados a asegurar la actividad del propietario, y en ésta tienden a asegurar el uso público a que se destinan. Ahora bien; en su constitución interna existen profundas diferencias: la protección a la propiedad privada cede en beneficio del propietario, y la de la propiedad pública, en beneficio de los usuarios, entre los cuales, a su vez, aquellos que forman el substrato real de la entidad sujeto de la propiedad, tienen intereses, actividad y fines completamente distintos de los intereses, de la actividad y de los fines de la entidad misma".

"Así entendida la propiedad pública, se comprende que puedan ser sujetos de ella tanto el Estado y las demás personas con poder público (Provincias y Municipios) como los entes morales o personas jurídicas de fundación particular constituídas con el objeto de conservar bienes de uso general. Si un museo destinado a la instrucción pública o un edificio religioso consagrado al culto público no pertenecen al Estado, ni a la provincia, ni al Municipio, sino que están erigidos en entes autónomos o forman parte integrante de una academia o de una institución eclesiástica, que tienen otros fines que realizar y, por consiguiente, otras funciones distintas a la tutela del uso público, no existe una relación de propiedad privada entre los bienes (el objeto) y el sujeto ideal; la actividad que despliega el ente propietario tiene por norma y límite aquella consideración del uso público en virtud de la cual hubo de reconocérsele personalidad y propiedad; por tanto, el poder reconocido a esta personalidad jurídica consiste sólo en la potestad de asegurar el destino público de los bienes, y la defensa que ejerce de su propiedad es la defensa de los intereses de los usuarios.

....."

"Mas la naturaleza de las cosas públicas y de su destino especial puede exigir que al lado del uso general se reconozca y regule el uso privilegiado, para obtener de ellas, no sólo la utilidad que a todos son susceptibles de proporcionar, sino también las utilidades que sean susceptibles de dar a unos pocos. La concesión de estos usos privilegiados corresponde a la autoridad misma a quien competa defender y regular el uso común, y además, no puede otorgarse sino subordinándola a las exigencias del uso común mismo. De estas concesiones surge un derecho que, según las circunstancias, puede ser inseparable de la persona del concesionario o enajenable y trasmisible: en todo caso, posee un valor patrimonial, y de protegerlo está encargada la jurisdicción ordinaria: pero dos caracteres esenciales las distinguen de los derechos reales limitativos de la propiedad privada. En primer lugar, no limitan la propiedad pública, sino el uso público al cual aquélla sirve de medio; ante ellos permanece intacta la

pública propiedad, y por eso no hay necesidad de que en su constitución intervenga la ley, como ocurre con los derechos reales que desintegran la propiedad privada; al otorgarlos, la autoridad no realiza un acto de disposición de la propiedad en nombre de la persona jurídica a quien representa, sino que se limita a usar, en una cierta forma, de las facultades que posee para regular el uso de los bienes. Aparte de esto, tampoco tienen el carácter absoluto de los derechos reales, puesto que, según hemos dicho, quedan subordinados a la posibilidad de la continuación del uso público, y son, por consiguiente, esencialmente revocables, a reserva siempre del derecho a la indemnización que pueda corresponder al concesionario cuando la concesión fue onerosa, o, en general, cuantas veces la adquisición del derecho haya acarreado al adquirente un sacrificio del que no pueda considerarse compensado con el uso hecho efectivo". (Usufructo, uso y habitación. G. Venezian).

De acuerdo con estas ideas, no vemos cuál de los preceptos fundamentales de la Constitución Nacional ha sido quebrantado con la expedición de la Ley 100 de 1937, que concedió a la Sociedad Colombiana de Ingenieros el derecho de uso y habitación, del mismo inmueble de propiedad nacional con el mismo fin de auxiliar y fomentar una empresa científica, vinculada a la utilidad general y a la cultura nacional, como ya lo había hecho en favor de la Academia Colombiana de la Lengua. Y como seguramente puede hacerlo el Congreso por medio de otra ley y en favor de otra academia que se considere como foco e instrumento de cultura social, si el edificio nacional de que se trata reúne las condiciones de capacidad necesarias. Y del mismo modo puede destinar otro de los edificios de propiedad de la República para que en él tengan sus oficinas las diveraas academias del país y en él verifiquen sus sesiones y demás actos públicos.

Bogotá, marzo 6 de 1940.

DECRETOS NUMEROS 1606 Y 1717 DE 1937, REGLAMENTARIOS DE LA LEY 109 DE 1936, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, marzo doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El doctor José Antonio Archila, en nombre propio y como apoderado del representante de la Compañía Colombiana de Electricidad, pide se declaren inexequibles varias disposiciones de los decretos 1606 y 1717 de 1937, reglamentarios de la Ley 109 de 1936, porque violan los artículos 2, 26, 30, 31, 52 a 54, 69, 115 y 182 de la Constitución.

Esa ley consta de siete artículos, así:

El 1º dice: "El Gobierno procederá a revisar la situación jurídica en que se hallen las empresas que aprovechen aguas de uso público para el servicio de acueductos o para producir energía, o que ocupen bienes de uso público con redes de acueducto o conductoras de energía, y legalizará su funcionamiento.

"La legalización se hará con sujeción a las reglas generales que al efecto determine el Gobierno y a las normas consiguientes consignadas en los artículos siguientes: estas últimas serán aplicables también a las nuevas concesiones y permisos que otorgue el Gobierno en conformidad con lo dispuesto en la Ley 113 de 1928".

El 2º dice: "Las tarifas y reglamentos de las empresas de servicios públicos a que se refiere el artículo anterior serán sometidas a la aprobación del Gobierno y no podrán regir sin ella. Esta aprobación tendrá como finalidad garantizar que en ningún caso tales empresas puedan imponer condiciones y cobrar tasas que excedan los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial.

"Parágrafo. Las tarifas y reglamentos que rijan en la actualidad serán sometidos a la aprobación del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en este artículo, dentro de los ciento ochenta días siguientes al de la promulgación de la presente ley".

Según el artículo 3º, el Gobierno se abstendrá de aprobar tarifas y reglamentos de empresas de acueducto "mientras no haya llegado al convencimiento de que el agua que suministra la empresa reúne las condiciones de agua potable".

El artículo 4º ordena exámenes bacteriológicos de esas aguas una vez al año por lo menos y dispone que el Gobierno "obligará a las empresas cuyas aguas resulten contaminadas a eliminar las causas de la contaminación inmediatamente que sea descubierta".

El artículo 5º dice: "Las tarifas aprobadas por el Gobierno se fijarán al público en las oficinas de las respectivas empresas, y no podrán ser variadas por ningún motivo sin consentimiento y aprobación expresa del Gobierno".

El artículo 6º autoriza la imposición de multa de $ 200 a $ 1,000 por cada infracción.

Y el artículo 7º dispone que la ley regirá desde que se promulgue, dejando a salvo el plazo de ciento ochenta días antedicho.

El demandante no acusa la ley, sino antes bien la aduce en apoyo de su solicitud, la cual versa sobre los decretos, en las disposiciones que el libelo señala y que aquí se detallarán, en el concepto de que los decretos abarcan sin distinción ni salvedad alguna todas las empresas de energía eléctrica y de acueductos, extendiéndose, por tanto, a las anteriores a la ley o, más claramente, a las que ya estaban oficialmente autorizadas para funcionar cuando la Ley 109 se promulgó, con lo cual los decretos sacrifican los derechos emanados de esa autorización anterior y se exceden en el ejercicio de la potestad regla-

mentaria, porque esta ley excluye esas empresas anteriores y versa sólo sobre las que vengan después.

Este es, en suma, el concepto del acusador. Ahí está la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional que garantiza los derechos adquiridos, y la del 115 de la misma que establece y condiciona la potestad reglamentaria. Los demás preceptos constitucionales que el acusador indica como quebrantados por los decretos son, como ya se dijo, el 2º, según el cual "Los poderes públicos se ejercerán en los términos que esta Constitución establece"; el 30, que no permite expropiación sino en la forma y casos excepcionales allí mismo indicados; el 31, que prohíbe "imponer pena de confiscación"; el 52, que indica los Organos del Poder Público y advierte que éstos "son limitados y tienen funciones separadas"; el 53, sobre formación de cada uno de ellos; el 54, cuyo texto es: "La potestad de hacer leyes reside en el Congreso"; el 69, que asigna a éste y le señala las atribuciones que ejerce por medio de ellas, y el 182, que señala como de propiedad exclusiva de Departamentos y Municipios sus respectivos bienes y rentas, con las mismas garantías de las de los particulares.

Si la fuente y base de la acusación está en que los decretos se extienden a las empresas anteriores a la ley y en que ésta las exceptuó, claramente se ve que el problema capital se halla en lo atañedero a tal exclusión, en establecer si la Ley 109 efectivamente la pronuncia, así sea de manera tácita o implícita.

Al analizar uno a uno los artículos de esta ley, se tiene:

El 1º, trascrito ya, a mayor abundamiento, ordena la revisión allí prescrita, refiriéndose a las empresas, sin asomo de distinción, en cuanto aprovechen aguas de uso público u ocupen bienes de uso público, y es sobre ese pie como el inciso 1º concluye con la frase "y legalizará su funcionamiento".

La legalización es, pues, una consecuencia de la revisión, y el artículo no da asidero para entenderlo en forma que de ésta excluya empresa alguna, considerando, por ejemplo, como causal de exoneración el hecho de estar funcionando ya; más bien el contexto del artículo desde su inciso 1º indica la inclusión de las empresas autorizadas a la sazón para funcionar, por tratarse de su situación jurídica. Más todavía: en el sentido de referirse este artículo a unas y otras empresas, esto es, a las ya autorizadas al promulgarse la ley y a las que ulteriormente se presenten, es sobremanera claro el inciso 2º del mismo, en cuanto en su segundo miembro advierte que las normas de que viene hablando "serán aplicables también a las nuevas concesiones y permisos que otorgue el Gobierno".

Si el Legislador se sintió en la necesidad de advertir que también a las empresas nuevas se aplicarán tales normas, fue incuestionablemente porque comenzó por referirse a las empresas autorizadas ya. De otra manera la advertencia carecería de sentido y hasta de razón de ser.

Este análisis, que pudiera reputarse somero en su apariencia gramatical, tiene respaldo de predicamento mayor. Las normas de los artículos restantes a que esa disposición se refiere miran al servicio público y a la equidad. Así, por ejemplo, el 3º y el 4º vigilan y buscan la potabilidad del agua, esto es, algo indispensable para resguardar la salud y la vida de los habitantes de cada población, que es uno de los primordiales deberes de la administración pública; y el 2º está alerta para que en ningún caso las empresas puedan excederse de los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial. No se halla siquiera probable que una empresa afirme o dé a entender que el contrato o concesión que la respalda contenga autorización para que ella sacrifique o perturbe la moral comercial y la conveniencia colectiva.

La circunstancia de otorgarse plazo para que las tarifas y reglamentos que rijan en la actualidad se sometan a la aprobación del Gobierno, como reza el parágrafo del artículo 2º, aquí también trascrito, y la advertencia allí mismo hecha

sobre que ello es "de conformidad con lo dispuesto en este artículo", son detalles de singular significación en el mismo sentido de que las empresas anteriores no están exentas de los mandatos de la Ley 109. Más aún: son demostración de que de ellas hace esta ley inclusión inequívoca, al punto de que ante las palabras y contexto terminante de ese parágrafo no cabe sostener o conceptuar que la ley se refiere sólo a las empresas que lleguen después de haber entrado ella a regir.

Tampoco es aceptable, ante el texto del artículo 5º y ante lo observado ya sobre moral y conveniencia social, que la ley trae a cuento enfáticamente, que esta disposición no comprenda las empresas anteriores, puesto que, como ya se vio, se limita a ordenar que las tarifas aprobadas se pongan al conocimiento del público y a advertir que sin el consentimiento del Gobierno no podrán variarse.

Por lo visto, las normas de la revisión establecida en el artículo 1º se reducen a asegurar: para el agua su potabilidad, en forma de mantenerla libre de contaminación, y para las tarifas sus justos límites referidos. Estas finalidades sugieren de suyo y desde luego la idea de que todas las empresas están comprendidas en esos mandatos, sin que a provisiones de tan importante y vital sentido público hubieran de escapar las que estuvieran funcionando cuando la ley se expidió, siendo así que los consiguientes peligros para la moral comercial y para la salud pública se deducen del funcionamiento en sí y no de un hecho extrínseco como lo es el que éste tenga tal o cual fecha de autorización o de que ésta sea anterior o posterior a la vigencia de la ley. Y efectivamente así lo persuade el análisis de los artículos de esa ley o, por mejor decir, su simple lectura.

De paso se observa que una tarifa estática e intocable bien puede sacrificar al público o a la empresa, puesto que es posible que los precios fijados en ella discuerden por altos o por bajos con los que el mercado vaya teniendo en las alternativas de las distintas épocas, ya en materias primas, ya en mano de obra, ya en los productos de la respectiva clase.

Por otra parte, si al ejercitar el Gobierno las facultades que le confiere la Ley 109 o, mejor, al cumplir los deberes que ésta le impone, se siente lesionada tal o cual empresa por lo que crea que así se le merma de los derechos que ella entienda habérsele otorgado al autorizarla a funcionar, ello podrá dar ocasión en tal oportunidad y evento a los consiguientes reclamos y litigios; pero, a más de que estas diferencias de orden particular o personal no se ventilan como acusación por inconstitucionalidad, sobre lo cual se insistirá adelante, tampoco pueden ventilarse ni aun presentarse sobre la mera conjetura o temor de que tal situación pueda sobrevenir.

Como la acusación tiene por punto de partida la afirmación de que los decretos en sus disposiciones atacadas se salen de los límites trazados por la ley reglamentada en ellos, preciso es confrontar aquéllas con ésta y para ello analizar una a una las reglas en cuestión.

Antes de emprender esta tarea, ha de traerse a cuento la sentencia pronunciada por el Consejo de Estado el 28 de marzo de 1939, que el Procurador General de la Nación aduce como fundamento de su excepción de cosa juzgada y de su negación de la competencia de la Corte Suprema para conocer de la presente demanda.

Esa sentencia recayó a la solicitud de nulidad de varias disposiciones de los mismos decretos 1606 y 1717 de 1937, formulada con el carácter de acción, tanto pública como privada, por el apoderado del representante de la misma Compañía Colombiana de Electricidad que formula la acusación de inconstitucionalidad que se está decidiendo.

Se atacaron de nulidad por ilegales ante el Consejo los artículos 1 a 4, 6, 9, 16 y 23 a 25 del decreto 1606 y 1º y 4º del decreto 1717.

Ante la Corte se atacan por inconsti-

tucionales estos mismos artículos 1º a 4º del decreto 1717 y los artículos 6, 9 a 11, 13, 14, 16, 17 y 23 a 25 del decreto 1606.

El Consejo anuló los artículos 6, 24 y 25 del 1606 y 2º y 3º y parágrafo del 4º del decreto 1717.

Estas disposiciones, por el hecho de estar anuladas, no pueden ser materia válidamente de una demanda de inconstitucionalidad.

No fueron demandados ante el Consejo y sí están acusados ante la Corte los artículos 5, 10, 11 y 17 del decreto número 1606; por tanto, con estas disposiciones no rezan las objeciones del señor Procurador de que ya se habló y que se estudian en seguida.

Distingue este funcionario entre los decretos que el Organo Ejecutivo dicta para reglamentar las leyes, los cuales no se relacionan con la Constitución sino a través de las leyes reglamentadas, y aquéllos que dicta sin leyes intermedias y que se vinculan con la Constitución y, en su caso, la afectan tan directamente como las leyes mismas; y sostiene que estos últimos decretos, que pueden de suyo quebrantar la Constitución, son la materia del cargo de inconstitucionalidad de que conoce la Corte por virtud del artículo 149 citado, y que esotros no son materia posible de esta acusación, sino, en su caso, de la acción de nulidad por ilegalidad, la que se ventila ante el Consejo de Estado por mandato del artículo 78 de la Ley 130 de 1913. Agrega que a favor de esa distinción se evitaría el conflicto que puede ocurrir cuando se acuse de inconstitucional un decreto en razón de excederse de los límites de la ley a cuya reglamentación se encamina, y simultáneamente o en oportunidad anterior o posterior se pida también su nulidad alegando ser ilegal por este mismo exceso.

Encuentra ejemplo de tal conflicto en este caso preciso, porque al Consejo de Estado se le sometió el mismo problema sometido hoy a la Corte; y de ahí y de haberlo resuelto aquella Corporación en su sentencia citada, de que vino copia a este proceso, deriva el señor Procurador sus referidas oposición y excepción, no sin expresar además las razones que lo conducen a sostener la constitucionalidad de las disposiciones atacadas, a lo que él procede en los capítulos de su alegato destinados a estudiarlas en sí.

Hablando ante el Consejo de ilegalidad de ellas y pidiendo que por lo mismo se declararan nulas, fue como el abogado promovió aquella actuación, y hablando de inconstitucionalidad e inexequibilidad es como ha incoado la presente ante la Corte; pero, salvo el cambio de palabras, en uno y otro libelo formula unas mismas quejas y unas mismas reflexiones en lo tocante al referido cargo de exceso en el ejercicio por el Organo Ejecutivo de la potestad reglamentaria y al desconocimiento de derechos adquiridos.

El que hoy es artículo 149 de la Codificación Constitucional ha sido sin mutación alguna el mismo desde que se consignó en el Acto Legislativo número 3 de 1910. Salta a la vista releyéndolo que no contiene distinción alguna entre las leyes sobre las cuales versa la potestad y deber de la Corte Suprema de ser guardián de la Constitución, ni entre los decretos respecto de los cuales tiene misión igual. Desde este punto de vista no le sería dado a la Corte esquivar el cumplimiento de tan sagrada obligación a favor o pretexto de una distinción entre clases de leyes o, más concretamente aún para el caso, entre clases de decretos, así sea, por ejemplo, la que sobre éstos presenta muy razonadamente el señor Procurador y a que del propio modo se refiere el Consejo de Estado en su citada sentencia.

Esto indica que ante la latitud del precepto constitucional no es posible que la Corte acoja la excepción de cosa juzgada, la que, además, sería de suyo inaceptable, por la índole de las dos instituciones. Pero al propio tiempo, como las disposiciones escritas no pueden ser su mera letra, la que por sí sola no basta a darles vida, sino que son algo que para ésta misma y su eficiencia y hasta su mismo incumplimiento necesita la interpretación que, por decirlo así, las vincule o conecte

con la realidad, la Corte Suprema no podría pasar por alto la sentencia del Consejo de Estado y proceder cual si no se hubiese dictado.

Nuestro régimen institucional obliga a cuanto significa el artículo 52 de la Codificación citada, el que, después de decir cuáles son los Organos del Poder Público y cómo ellos son limitados y tienen funciones separadas, termina con esta proposición del más hondo sentido: "pero colaborarán armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Con todo, afortunadamente acontece que, si en lo tocante a exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en la queja sobre violación de derechos adquiridos hay igualdad entre las dos demandas, el Consejo de Estado, aunque en sus disquisiciones jurídicas no pudo menos de tocar ambos temas, se guardó expresamente de decidirlos, anotando con sabia prudencia que los cargos de inconstitucionalidad no son de su resorte. A que se agrega que en la actual demanda se formula el cargo de inconstitucionalidad también por otros motivos, aunque análogos a aquéllos e íntimamente relacionados con ellos, son distintos, según se vio al trascribir en resumen la lista de los preceptos constitucionales que el acusador indica como infringidos.

Así las cosas, el conflicto de que habla el señor Procurador no se presenta en la forma plena en que él lo ve y, por tanto, puede la Corte, sin incurrir en la desarmonía contra la cual el Constituyente se previno en el trascrito artículo 52 de nuestra Carta, no incurrir tampoco en incumplimiento del artículo 149 de la misma. Pero deber suyo es advertir que si, por los detalles que acaban de apuntarse se llega aquí y ahora a esta afortunada solución, esto no significa que haya de desoírse la voz monitoria de aquel funcionario, que es también la del Consejo de Estado, las cuales advierten el peligro de que esos conflictos se presenten y cómo el prevenirlos es de señalada conveniencia.

Con las salvedades que atrás se hicieron respecto de cuáles son los artículos acusados a cuyo análisis debe procederse, se entra en esta tarea.

Ellos son, del decreto número 1606:

El 1º. Es netamente reglamentario. Forma dos grupos de Municipios: los de diez mil habitantes o menos y los de esa cifra para arriba, a fin de atender a los objetivos de la Ley 109. No se advierte cómo ni por qué el formarse tal agrupación pueda significar quebrantamiento de disposición alguna de la Carta.

El 2º señala la documentación que han de presentar las empresas de cada uno de esos dos grupos. Figura allí una exposición justificativa de las tarifas en relación con el capital invertido, entradas brutas, gastos de explotación, intereses, desgaste de maquinaria y, de otro lado, las tensiones de generación, trasmisión y suministro, frecuencia de la corriente, potencia en K.W., número de suscriptores, etc. Hacer sabedor al Gobierno de todo esto no puede considerarse como hecho u orden violatoria de disposición constitucional; y, por otra parte, si la ley dispone sobre las tarifas lo que ya queda detenidamente visto aquí, no es aceptable el cargo de que de ella se exceda o aparte una disposición del decreto encaminada a poner al Gobierno al tanto de los elementos indispensables para cumplir ese deber que la misma ley le impone.

El 3º. Establece la aplicación de aquellos datos al estudio que el Gobierno ha de hacer con este fin. Completa, pues, las bases dadas con este propósito en el artículo precedente (el 2º).

El 4º. Ordena a las empresas del segundo grupo antedicho enviar al Gobierno semestralmente su balance y autoriza a aquél para ordenar la revisión de las tarifas aprobadas si resultan inconvenientes. Esta disposición tiene el más visible respaldo en el artículo 2º de la ley, ante el cual no cabe el concepto de que el decreto se aparte de ella o la exceda.

Además, tanto respecto de este artículo 4º como de los anteriores, es de observarse que es el decreto y no la ley lo acu-

sado; de suerte que aunque por vía de hipótesis se diese por sentado que con las medidas en referencia se desconocen derechos adquiridos, no se podría deducir de ahí la consecuencia que para la presente actuación el acusador pretende. Como se ha dicho y repetido, él acusa el decreto partiendo del principio de que la ley acata esos derechos adquiridos, al punto de que, según él, si éstos se ven vulnerados, no es por obra de la ley, sino por separarse de ella los decretos.

El 5º. Contiene un detalle reglamentario, pues se limita a indicar a qué unidades deben referirse las tarifas y a agregar que cuando éstas determinen cuota fija o consumo mínimo, se tomarán como base de la capacidad de la instalación. Si la ley ordena al Gobierno lo que ya se vio respecto de tarifas, mal puede decirse que una disposición como la de este artículo 5º se salga de los límites trazados por aquélla.

El 9º. Reglamenta la cuota fija y se refiere al caso de uno, dos o tres o más motores conectados, así como a la demanda máxima registrada en un cuarto de hora del mes en curso a la respectiva fecha o época. Ocurre sobre esta disposición reflexionar como se ha hecho sobre las precedentes.

El 10º. Otro tanto acontece con este artículo, referente a la suspensión del servicio, al modo de solicitarlo y a limitar al treinta por ciento como máximo del valor mínimo mensual lo que durante ella puede cobrar la empresa. Repítese que la Ley 109 no está acusada y que la acusación en cuyo estudio se está versa sobre la discrepancia afirmada por el acusador entre ella y los decretos.

El 11º. Igualmente es de mera reglamentación la orden de llevar las empresas una estadística que muestre la generación, el suministro o venta y las sumas recaudadas o cargadas a los consumidores. A esta orden se contrae este artículo.

El 13. Prohíbe suspender el servicio a los suscriptores por motivo de ser deudores de las empresas por causa distinta del servicio. Ocurre aquí reflexionar como se ha hecho sobre el artículo 4º de este mismo decreto, en relación con el artículo 2º de la ley.

El 14. Autoriza dos sistemas de respaldo de las empresas respecto del valor de los aparatos de medida o control y de los trasformadores que suministren a sus suscriptores: a) depósito no mayor de ese valor, y b) cobro de alquiler acorde con la amortización e intereses del capital invertido en su compra. Además, prohíbe la aplicación simultánea de ambos sistemas para un mismo aparato y autoriza al suscriptor para optar por el sistema que prefiera cuando se establezcan ambas tarifas. Esta disposición, de índole reglamentaria, está respaldada por el artículo 2º de la ley.

El 16. Impone a los empresarios la obligación de hacer conocer de los habitantes de las localidades respectivas las tarifas y reglamentos, una vez revisados y aprobados, y prohíbe alterarlas estableciendo diferencias preferenciales, disminuyéndolas o perjudicando empresas similares, no sin ciertas concesiones o salvedades en favor de aquéllas. Esta disposición está respaldada por el citado artículo 2º de la ley y más claramente aún por el artículo 5º de la misma.

El 17. Exige que a las solicitudes sobre revisión de la situación jurídica de las empresas se acompañe el comprobante de su derecho a ocupar bienes de uso público o de que el Ministerio ha revisado y hallado ajustadas a la ley las licencias para derivar agua de uso público, y en su parágrafo exige copia auténtica de la licencia sobre derivación cuando se trate de empresas que vayan a instalarse. Desde luego se observa que estas exigencias son netamente reglamentarias. Por otra parte, el que tiene un derecho no puede reputar que se le viola porque se le exija que lo comprube. Además, si el Gobierno ha de revisar, preciso es que disponga de los elementos del caso.

El 23. Habla de las multas que pueden imponerse por las infracciones, y lo hace dentro de los términos señalados por el artículo 6º de la ley.

Del decreto número 1717 están acusados los cuatro primeros. Dejando de lado los que el Consejo de Estado anuló (2º y 3º y parágrafo del 4º), se estudian los restantes:

El 1º. Faculta al Gobierno para ordenar la revisión de las tarifas cuando resulten inconvenientes las ya aprobadas, al estudiarse el balance que las empresas deben enviarle anualmente. Esta disposición es reglamentaria y está respaldada por el artículo 2º de la ley. Aun suponiendo desde luego que de su aplicación resultara quebrantado un derecho adquirido, es de advertir que, no sólo no puede darse eso por sucedido ya con el solo decreto, sino que ha de ser ante una situación ya creada ante la cual se ventilen cuestiones de esa clase, a lo que en su caso y día se podrá proveer y proceder por los trámites correspondientes. Esa violación implica un hecho acontecido, no una mera conjetura sobre posibilidad de que acontezca y menos sobre que acontecerá en cierta y determinada forma.

El 4º. Reproduce el ya estudiado art. 13 del decreto 1606; pero hace en favor de las empresas la salvedad de que cuando las deudas de los suscriptores provengan del precio de materiales para instalar el servicio, como bombillas, conductores, interruptores, etc., no hay lugar a la prohibición de suspenderla. Así las empresas quedan autorizadas para suspender el servicio por deudas de éste o de elementos necesarios para él, y no cuando el consumidor les es deudor por causa distinta. Respecto de esta disposición caben las mismas reflexiones que acaban de hacerse sobre el artículo 1º.

En síntesis: no es justificado el cargo de inconstitucionalidad formulado contra las diversas disposiciones materia del precedente análisis, porque se encaminan al cumplimiento de la ley reglamentada, ya directamente, ya en las más de aquéllas, mediante el suministro al Gobierno de elementos indispensables para que cumpla los deberes que esa ley le impone.

Aunque lo hasta aquí expuesto basta a decidir negativamente la acusación de que se trata y a fundamentar la negativa, es conveniente agregar ciertas reflexiones sobre algunas de las tesis aquí sostenidas o esbozadas.

Siguiendo el curso de Derecho Administrativo dictado en la Facultad de París por el Profesor Sibert en sus conferencias de 1938, se tiene que la concesión es un acuerdo entre una persona moral de Derecho Público y un particular, acuerdo según el cual este particular, sea individuo o sociedad, se encarga de asegurar por su cuenta y riesgo, por un tiempo determinado de larga duración y según las modalidades precisas de ese acuerdo o pliego de cargos, el funcionamiento de un servicio público de interés general o local, como ferrocarriles, suministro de agua, distribución de alumbrado, etc.

En cambio o contrapartida de la carga que el concesionario asume, el contrato administrativo de concesión le reconoce, para que se indemnice o remunere, el derecho de percibir de quienes usen aquel servicio emolumentos que tienen jurídicamente el carácter de tasas asimiladas a impuestos indirectos.

En este concepto abunda Gastón Jéze, en su obra **Les contrats administratifs**, así como Duguit en **Les services publiques et les particulieres**, y Blondeau en su obra **La concession de service public**.

Historiando aquel profesor las sucesivas maneras de entenderse la concesión, las sintetiza en forma que se resume así: 1º La concepción alemana de Otto Mayer, de principios de este siglo, según la cual aquélla es un acto administrativo que determina discrecionalmente lo que debe hacerse en el caso individual. Citando a P. Laroque en su obra **Les usagers de services publics industriels**, observa que esta manera de entender la concesión tiene el gran inconveniente práctico de colocar al concesionario en un estado completo de inseguridad y de instabilidad incompatible con la continuidad necesaria del servicio público. 2º Viene en seguida la inteligencia que a la concesión dieron los civilistas del derecho fran-

cés, como Planiol, Ripert y Esmein, naturalmente tentados a ver en ella una relación de orden exclusivamente contractual entre el concedente y el concesionario. A la inversa de la concepción precedente, ésta da una estabilidad excesiva en provecho del concesionario y en detrimento del público, cuyas necesidades pueden exigir inopinadamente modificaciones inmediatas al funcionamiento del servicio concedido, a que se agrega que mirando hacia las relaciones entre concedente, concesionario y usuarios, esta doctrina civilista analiza la situación como estipulación por otro, idea difícilmente aceptable. 3° Viene por último la construcción doctrinal de los publicistas franceses —Hauriou, Jéze— según la cual el contenido de la obligación de hacer asumida por el concesionario está fijado por disposiciones de carácter legal y reglamentario. El concesionario se asemeja a un agente público y por otra parte tiene derechos y obligaciones determinados contractualmente. Así, en este concepto publicístico, la concesión es un algo complejo que tiene a la vez de ley y de contrato.

Las cláusulas financieras tienen un carácter contractual y las relativas a la organización y funcionamiento del servicio, cláusulas orgánicas, tienen un carácter que varía según quien las invoca: si es el concesionario, todos los elementos del acto de concesión tienen carácter contractual, y, por consiguiente, la violación no da lugar a recurso por exceso de poder, pues según principio en que concuerdan jurisprudencia y doctrina, este recurso está excluído de las relaciones contractuales; y si es el concedente, las cláusulas orgánicas tienen un carácter doble: a) son contractuales en cuanto él exija su ejecución al concesionario, por lo cual las diferencias a este respecto son del resorte del juez del contrato, y b) si el concedente interviene para modificar unilateralmente las condiciones del servicio, ya sólo se trata del régimen administrativo. Por tanto, el acto de administración es susceptible de dos clases de recursos: por exceso de poder, si implica modificación unilateral contraria a la ley o a los textos reglamentarios del acto de concesión, e indemnización y hasta resolución (resiliación), si las modificaciones trastornan completamente la economía del contrato.

El Profesor Sibert, citando a Bonnard y a Comte, dice: "El concesionario debe asegurar todo el servicio; pero nada más que el servicio; no puede entregarse a una explotación de orden comercial extraña al servicio. Este principio general se ha precisado poco a poco en abundante jurisprudencia; así, puede emprender todas las operaciones que, aun no estando dentro del servicio público concedido, sean su complemento natural y concurran a su mejor desempeño. El concesionario es un agente de la administración. No se comprendería que los agentes de la administración se entregaran a especular. Si lo hiciesen, no tardarían en perder de vista el interés del servicio, que es su única razón de ser. No por estar concedido un servicio público deja de ser servicio público".

Y agrega: "No debe perderse de vista que la concesión no es sino un cierto modo de funcionamiento de un servicio público y que éste se encamina al bien de todos; y que si el pro común exige que se introduzcan mejoras técnicas en ese funcionamiento, el contrato y la cláusula de explotación exclusiva no pueden ser obstáculo para que los usuarios del servicio aprovechen las mejoras posibles ni el contenido del contrato puede ser óbice oponible por el concesionario a la administración que los representa".

Se han entresacado por su pertinencia estas nociones de las que forman los conceptos predominantes hoy en la doctrina y también en la jurisprudencia, según se ve en los fallos que traen a cuento los prenombrados comentadores.

Entre aquéllas se destacan: un servicio público no deja de serlo por ser materia de contrato o concesión y ésta no pierde por sus calidades de contrato las que tiene como acto administrativo, pues la complejidad nacida de la concurrencia de

unas y otras calidades no priva al Estado de lo que corresponde institucionalmente a su función de administrador.

El demandante obra en nombre propio y también y principalmente en el de la Compañía Colombiana de Electricidad, en cuyas manos se hallan agrupadas las numerosas concesiones cuya lista hace el libelo y acredita con los diversos documentos de que se acompaña con abundancia notable. La larga enumeración de las concesiones y contratos respectivos y de sus traspasos y la acentuación de los derechos consiguientes de la Compañía con calidad de extraños o superiores a las prescripciones de los decretos, es lo que ocupa la mayor extensión del libelo de demanda, al punto de que las consideraciones de otro orden llevan en él puesto mínimo.

Esa faz privada o personal del problema es ajena del todo a una actuación encaminada a obtener la declaración de inexequibilidad de disposiciones decretales acusadas como violatorias de la Carta. Las personas naturales o jurídicas, enfrentadas a diferencias cuya solución requiere la intervención del Organo Judicial, acuden o son llevadas a pleito ante las autoridades de este Organo como los particulares, sin más diferencia que la correspondiente a calidad o categoría al tratarse de entidades públicas; de manera que en todo caso la tramitación ha de ser la pertinente dentro de las reglas que para los juicios estatuye el Código Judicial. En lo general, un Municipio litiga como actor o reo en primera instancia en Juzgado de Circuito; un Departamento, en Tribunal Superior, y la Nación, en única instancia, en la Corte Suprema; pero, repítese, precisamente en todo caso, por los trámites legales. Nada de esto cabe ni puede aceptarse dentro de la acusación por inconstitucionalidad contra ley o decreto: no lo permiten la índole misma de este excepcional recurso o empeño ciudadano, ni el texto del artículo 149 de la Constitución, ni la Ley 96 de 1936.

Esto explica sobrada y aun innecesariamente que el presente fallo se abstenga de tomar en consideración las quejas, reparos y reclamos sobre daños posibles a aquella Compañía al someter sus empresas el Gobierno a la reglamentación de los decretos en sus disposiciones acusadas. Cuando falta total o parcialmente una de las partes a las obligaciones que le impone un contrato, la otra parte puede ejercitar contra ella las acciones correspondientes por medio de la demanda procedente y pertinente y los trámites de rigor, nada de lo cual puede involucrarse con una acusación de inconstitucionalidad, cuya actuación peculiar y, sobre todo, su finalidad genérica mal podían dar cabida u ocasión a sentencia sobre casos particulares.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución Nacional y oído el señor Procurador General de la Nación, decide la presente acusación así:

1º Se abstiene de considerar la demanda de inexequibilidad de los artículos 2º y 3º y el parágrafo 4º del decreto número 1717 de 1937 y los artículos 6º, 24 y 25 del decreto número 1606 del mismo año, por carecer de imperio habiéndolos declarado nulos el Consejo de Estado en sentencia de 28 de marzo de 1939; y

2º Declara exequibles las restantes disposiciones acusadas, a saber: los artículos 1º a 5º, 9º a 11, 13, 14, 16, 17 y 23 del dicho decreto número 1606 y los artículos 1º y 4º del dicho decreto número 1717, decretos respectivamente de 1º y 22 de septiembre de 1937, reglamentarios ambos de la Ley 109 de 1937 sobre tarifas y reglamentos de empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Désc cuenta al Ministerio de Gobierno.

Salvador Iglesias — Liborio Escallón — Pedro A. Gómez Naranjo — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo — Juan Francisco Mújica — Pedro Alejo Rodríguez — Hernán Salamanca — Eleuterio Serna S. Francisco Vizcaíno — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO.— QUE SE ENTIENDE POR CONFESION

No es confesión sino la declaración que una de las partes hace de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra (artículo 604. C. J.), y cuando hay confesión, ella se debe admitir "tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho"; salvo que se agreguen "hechos distintos y separados que no tengan *íntima relación*" con el confesado, pues entonces éstos sí constituyen verdaderas excepciones.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, diciembre primero (1º) de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Por instrumento público número 187, de fecha 2 de octubre de 1935, otorgado ante el Notario primero del Círculo de San Andrés, Departamento de Santander, la señora Nepomucena Jerez, manifestando ser mujer casada en segundas nupcias con el señor Francisco Delgado Rangel, quien aparece autorizándola para celebrar el contrato, enajenó a título de venta al señor Martín Mendoza Flórez todo el numeroso conjunto de bienes raíces descritos en la escritura, compuesto de inmuebles y cuotas sobre inmuebles, por la cantidad total de seis mil pesos ($ 6,000) moneda legal "que la tradente manifiesta haber recibido a su satisfacción de manos del comprador".

En junio de 1936 los mismos cónyuges por medio de apoderado demandaron al comprador Martín Mendoza Flórez para que en juicio ordinario se declare:

Principalmente nulo el contrato de venta expresado, "nulidad que la hacemos derivar del no pago de la suma de seis mil pesos ($ 6,000) moneda legal que se hizo figurar en dicho instrumento como cubierta por el señor Martín Mendoza Flórez a Nepomuceno Jerez González, pues Flórez no le ha cubierto a Nepomucena Jerez ni a Francisco Delgado ninguna suma por esta compraventa, y se declare resuelto el contrato por falta de pago".

Subsidiariamente nulo y de ningún valor el mismo contrato, por razón de que los bienes enajenados pertenecen a la sociedad conyugal Jerez-Delgado, y a la fecha del contrato esa sociedad no se había liquidado por ninguno de los medios legales "para que la esposa pueda vender bienes en estas condiciones".

El demandado se opuso a las acciones instauradas.

El Juez del Circuito de San Andrés las desestimó, absolviendo al demandado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en sentencia de segundo grado revocó la del juez, y en su lugar declaró resuelto el contrato, condenando a Mendoza Flórez a restituir a los demandantes los bienes que fueron materia de él.

La parte vencida recurre en casación ante la Corte contra el anterior fallo. Por estar surtidos todos los trámites del recurso esta Sala avoca el estudio de los cargos de la demanda de casación.

El tribunal para decretar la acción resolutoria por falta de pago del precio, toma como fundamento esencial la siguiente manifestación del demandado hecha en las posiciones que absolvió durante el juicio, contestación a la cuestión sexta del

respectivo interrogatorio, en que se le pregunta sobre la forma o manera como cubrió el precio de las fincas:

"El pago se lo hice a Nepomucena Jerez en presencia de su esposo Francisco Delgado, quien lo recibió y se lo pasó a la nombrada Jerez, y por exigencia de los mismos no lo presenció ninguna persona distinta; hice el pago de los seis mil pesos en billetes y en talco; quinientos pesos el día antes de firmarse el contrato, por puchos en el lapso de seis meses, entre ellos setenta pesos cincuenta y seis centavos ($ 70.56) que pagué en la Tesorería de este municipio por impuesto que estaba debiendo la Jerez y treinta pesos ($ 30) que le dí en Bucaramanga al doctor Ernesto Sarmiento Peralta me parece, por orden de Francisco Delgado; el resto, o sean cinco mil quinientos pesos ($ 5,500) se los pagué el mismo día en que se firmó la escritura y después de firmada, en las horas primeras de la noche; este pago como los de los puchos que le dí con anterioridad, con excepción de los puchos de setenta pesos con cincuenta y seis centavos y treinta pesos de que antes hablé, se los hice en mi casa de habitación en esta población".

Al rededor de esta declaración razona así el sentenciador:

"Esta confesión es plena prueba (artículo 606 del C. J.- y desvirtúa por sí misma la declaración contenida en la escritura pública en que consta la compraventa, de haberse pagado el precio antes de su otorgamiento, puesto que el comprador dice que lo pagó horas después de suscrita la escritura y sin que nadie presenciara el pago. Queda demostrado, por tanto, que no es verdadera la referida declaración escrituraria, y como el demandado no demostró que el pago lo hubiera hecho después, ni intentó siquiera demostrarlo, y, antes bien, dice terminantemente que se atiene a lo que consta en el mencionado instrumento sobre el particular, porque esa declaración es plena prueba entre los otorgantes y no admite otra en contrario, es forzoso concluír que no ha pagado el precio, causa ésta suficiente para decretar la resolución del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1930 del Código Civil en armonía con el 1929 y el 1546 de la misma obra".

El tribunal trae a cuento además el indicio que resulta de las declaraciones de Florencio Bohórquez y Roberto Rey S., quienes declaran que Mendoza Flórez les dio a entender a ellos que la escritura era de donación.

Entre los cargos formulados en la demanda de casación la Sala encuentra el siguiente, de cuyo examen se concluye que la sentencia recurrida se apoya en un fundamento inadmisible, por lo cual debe ser infirmada.

Dice en efecto el recurrente que el tribunal apreció equivocadamente la declaración del demandado arriba transcrita, porque esa declaración como todas las demás que hizo al absolver las posiciones tiende precisamente a confirmar el pago del precio de la compraventa. Con tan equivocada manera de examinar la respuesta de Mendoza, atribuyéndole alcance de confesión de un hecho contrario a la cláusula escrituraria sobre recibo del precio, que destruye o modifica dicha cláusula, el sentenciador cometió error de derecho que lo llevó a violar los artículos 1766, 1759 y 1769 del C. Civil.

Igualmente fueron violadas estas disposiciones en el fallo, dándole a las declaraciones de Rey y Bohórquez el alcance de indicios corroborantes de la supuesta confesión de Mendoza.

La Sala considera:

La cláusula escrituraria acerca del recibo del precio de la compraventa, se limita a expedir al comprador un finiquito de carácter general encaminado a acreditar que nada debe por razón del contrato, pero de donde no se deduce que se quisiera manifestar precisamente que la entrega del dinero hubiera sido simultánea a la firma del instrumento en la Notaría. La vendedora dice que recibió el precio, prescindiendo de declarar los detalles que

acompañaron el pago, relativos a las especies, lugares y momentos en que el acto se verificó.

De esta manera cuando el comprador explica en las posiciones las circunstancias especiales en que la operación se cumplió, diciendo cómo se fraccionaron las entregas de dinero, a quien las hizo, a qué horas y en qué lugares, nada agrega que sea mínimamente contrario a la declaración de la vendedora de recibo del precio, ni describe ocultas estipulaciones de pago opuestas al contenido de esa declaración.

La copiada respuesta del demandado no es pues una confesión con agregación de hechos cuya demostración corra a cargo del confesante. No hay allí planteada ninguna excepción, ni ninguna circunstancia que tienda a alterar, cambiar o modificar, lo que está dicho en el título. Lo que ocurre es que en el instrumento el vendedor dice sintéticamente: recibí el precio; y luégo el comprador en las posiciones agrega: ese pago lo hice en tal forma. Es decir, nada que desvirtúe el alcance del instrumento.

De ahí que el tribunal incidiera en un patente error de derecho tomando la citada respuesta del demandado en calidad de básico fundamento probatorio, del incumplimiento del comprador a su obligación de pagar el precio. No es confesión sino la declaración que una de las partes hace de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra (artículo 604 del C. J.), y cuando hay confesión, ella se debe admitir "tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho"; salvo que se agreguen "hechos distintos y separados que no tengan íntima relación" con el confesado, pues entonces éstos sí constituyen verdaderas excepciones. La confesión de Mendoza es así indivisible, porque los detalles que da del pago no pueden desintegrarse para estar a lo favorable y repudiar lo desfavorable, cómo quiera que esos detalles son la esencia misma de lo confesado.

Tampoco puede negarse que el tribunal cometió manifiesto error de hecho aceptando las declaraciones de Roberto Rey y Florencio Bohórquez en calidad de factores indiciarios que robustecen la convicción de que Mendoza no pagó el precio de la compraventa. En el caso de que de esas declaraciones se desprendiese algún elemento probatorio, no sería para poner de relieve la acción resolutoria por incumplimiento de la prestación del contrato a cargo del comprador, sino para destacar que la verdadera convención celebrada fue más bien una donación de Nepomucena Jerez a Martín Mendoza, de donde resultaría que el contrato de compraventa es simulado. Pero en el evento de simulación no se estaría debiendo ningún precio, dado que la enajenación de los bienes se habría hecho a título gratuito. Lo que está revelando que en la hipótesis de que los testimonios de Bohórquez y Rey, o cualquiera otro testigo que declare en el mismo sentido, constituyan algún indicio de apreciable fuerza probatoria, es inconducente para acreditar la acción resolutoria por falta de pago, pues ésta es una acción de contornos especiales que no admite confusión con la de simulación.

Indudablemente los dos graves errores apuntados condujeron al fallador a quebrantar especialmente los artículos 1759 y 1769 del Código Civil. El primero, porque creyó haber encontrado una contraprueba para destruír la declaración contenida en instrumento público, declaración que hace plena fe entre las partes en tanto que no se le desvirtúa con plena prueba; y ésta en realidad no existe. Y el segundo, por haberle dado el alcance de confesión al dicho de una de las partes el que no es más que la ratificación de lo que la misma parte había expresado sintéticamente en la escritura.

Por tales motivos se impone la infirmación del fallo.

Y para proferir el de instancia se tiene en cuenta:

1º Que la única prueba de la falta de

pago del precio, y por ende de la acción resolutoria ejercitada en la petición principal del libelo de demanda, consiste en la supuesta confesión en que se fundó el tribunal;

2ª Que las otras pruebas son las declaraciones de Dionisio Niño, Eulogio Jerez, Luis Alejandro Prada, Gerardo Cáceres y Luis Jesús Caballero. Pero son tan inconducentes que no hubo motivo siquiera para que el juez o el tribunal aludieran a ellas. Los dos primeros se refieren a la situación de penuria económica en que los testigos vieron a Nepomucena Jerez después de haber vendido los bienes. Y los tres últimos, que intervinieron en el otorgamiento de la escritura de venta, Cáceres como notario, y Prada y Caballero como testigos actuarios, declaran que ellos no vieron que en el momento de firmarse la escritura la Jerez recibiera ningún dinero ni documento del comprador Mendoza; el notario agrega además que a él sí le manifestó la vendedora que había recibido el precio, y por eso se puso la respectiva cláusula en el instrumento.

3ª Que el otro indicio que halló el tribunal de la falta de pago de precio, consistente en que el demandado dijo en las mismas posiciones que absolvió en el juicio, que a más de los seis mil pesos que figuran como valor de los bienes, debía pagar algunas deudas de la vendedora cuyo monto desconocía, en caso de asumir ese carácter, quedaría completamente aislado, desprovisto de fuerza para formar convicción; fuera de que el indicio, más que de incumplimiento de la obligación de pagar el precio, tendería a establecer que el precio es diferente del que aparece fijado en el título, y entonces la acción resolutoria estaría condicionada a la falta de pago de lo que la demandante hubiera acreditado que fue el verdadero, cierto y determinado precio convenido, mayor del de $ 6,000.

4ª Que por lo tanto la parte actora no ha destruido la plena fe probatoria procedente de su declaración de haberle pagado el adquirente el valor de los bienes que a éste enajenó.

5ª Que la petición subsidiaria tampoco prospera. Allí se demandó la nulidad de la compraventa por razón de que los bienes enajenados pertenecen a la sociedad conyugal de Nepomucena Jerez con Francisco Delgado. Como primera consideración que coloca un obstáculo al reconocimiento de semejante acción, surge la de que no se probó que la tal sociedad existiera. Y en segundo lugar, aun allanado ese obstáculo, el motivo alegado de nulidad es tanto más inoperante cuanto que es de elemental conocimiento que la venta de bienes ajenos no entraña nulidad. La Jerez vendió ya en vigencia la Ley 28 de 1932. Si lo hizo de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal que con su marido tuviera antes de esta ley, el fenómeno sería de venta de bienes que todavía no había adquirido en plena propiedad, de no haberse liquidado todavía la sociedad, lo que daría lugar a otras acciones, pero en manera alguna a la de nulidad de causales propias y especiales.

6ª Que por lo tanto el libelo de demanda contiene solicitudes improcedentes, de las cuales debe ser absuelto el demandado.

A mérito de lo razonado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del distrito judicial de Bucaramanga el once de marzo último, y en su lugar confirma la del juez de 1er. grado, de fecha 18 de agosto del año próximo pasado.

Sin costas en la segunda instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese este fallo en el próximo número de la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO — TERMINOS — SUSPENSION DE TERMINOS

1—Los fenómenos legales producidos por la suspensión de términos o por la paralización de un proceso son esencialmente diferentes en su configuración y efectos. Los términos judiciales se suspenden para todos los negocios en curso en los casos contemplados por el artículo 369 del C. J. en relación con el 181, ibídem. Dichos términos no corren para un negocio determinado cuando se presenta alguna de las circunstancias contemplados en alguno de los cuatro numerales del artículo 370. En el primer caso, la suspensión tiene lugar por ministerio de la ley y por vía general para todos los procesos. En el segundo, la suspensión se verifica en vista de un interés particular o de un hecho de los expresados taxativamente en el artículo 370, que afecta a alguna de las partes litigantes. Por eso la suspensión en este caso no tiene incidencia sino sobre un proceso determinado. En la suspensión, sea por ministerio de la ley, artículo 369, sea por voluntad de las partes, o porque se presenten algunas de las causales del artículo 370, tiene estos dos factores: a) Los días comprendidos o corridos dentro del término de la suspensión no pueden jamás contarse, computarse o agregarse al término que requiere la ley para que se produzcan los efectos de la caducidad o abandono del negocio, y b) Siendo la suspensión a día fijo y determinado, ya en el caso del artículo 369, ya en el del 370, no es necesaria la notificación personal para que siga el proceso, porque del término de la suspensión han tenido conocimiento las partes y saben entonces qué día el proceso ha de continuar adelantándose. Si de ese día en adelante alguna de las partes no hace gestión propia para la prosecución del negocio, las consecuencias de su negligencia o descuido recaen sobre ella, pero no refluyen, ni pueden refluir sobre la validez del proceso ni menos puede esa actitud negligente paralizarlo o suspenderlo o entrabar la actuación de la otra parte. Cuando el juicio no prosigue, sin estar de por medio los fenómenos de la suspensión, tal hecho depende de la abstención o inactividad de las partes, especialmente del demandante, y entonces cuando ese estado se ha prolongado por más de seis meses, es preciso para la prosecución del juicio la notificación del primer auto en la forma prevenida por el artículo 322 del C. J. Suspensión y caducidad, ante los textos de los artículos 322 y 364, se refieren o conexionan con el concepto de abandono del proceso, lo que no pasa, ni puede pasar, con la suspensión legal de que tratan los artículos 369 y 370 de la obra citada. En primer lugar, quien puede decretar la suspensión de los términos en los procesos, y la suspensión de estos mismos, es el legislador: así ha pasado en nuestro país, cuando con motivo de la turbación del orden público se ha decretado la suspensión de los términos de la prescripción. En la Ley 37 de 1932, artículo 2º, se estatuyeron dos principios: la sola voluntad del deudor o demandado producía la suspensión del remate, suspensión

que estaba obligado a decretar el juez en virtud de la sola petición de aquél; la suspensión se producía y regía hasta día cierto y determinado, el 31 de diciembre de 1935. De modo que así como el demandado conocía la ley que le daba gracia de obtener la suspensión del remate, la conocía también para el efecto de saber hasta qué día expiraba tal gracia o suspensión. El proceso se suspendía, no en virtud de abandono o negligencia del acreedor, sino por voluntad del deudor y en virtud de un texto legal expreso. De lo anterior resulta que el demandado que había obtenido la suspensión del remate, sabía hasta cuándo duraba ese efecto, y entonces estaba en la obligación de volverse a apersonar del asunto el día en que la suspensión terminaba. — 2. El abstenerse un Magistrado de firmar una sentencia con su nombre completo es una irregularidad que no constituye motivo de nulidad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

Los antecedentes de este pleito, que finaliza hoy, en virtud del presente fallo, son éstos: Elías M. Muvdi demandó ante el Juzgado 1º de Barranquilla a María T. Alvarino de Ruiz Quijano y Jorge A. Ruiz Quijano, para que por los trámites del juicio especial de venta o adjudicación de la cosa hipotecada, se vendiera en pública subasta o se adjudicara al demandante la casa de propiedad de la señora Alvarino, situada en Barranquilla, en la acera Norte del Callejón García Toledo, junto con el solar donde está construida.

El juicio siguió su curso hasta el 18 de abril de 1934 en que los esposos Ruiz Quijano pidieron la suspensión, fundándose en la Ley 87 de 1932. A esa petición recayó el auto de 25 de mayo de 1984, que dice así en lo pertinente: "En consideración a la anterior solicitud, se dispone: Suspéndase este juicio hasta el treinta y uno de diciembre del año de mil novecientos treinta y cinco. Notifíquese y cúmplase. Pablo Emilio Manotas. — Salazar, Secretario". (Foja 7ª del cuaderno principal).

El 29 de enero de 1936 Muvdi pidió que continuara el juicio, por cuanto ya había expirado el término fijado para la suspensión. El Juez del conocimiento dictó entonces el auto de 30 de enero de dicho año en el cual aprobó el avalúo verificado en el juicio y dispuso, además: "Vencido como se halla el término de la suspensión del remate en este juicio, y en atención a la solicitud que hace el demandante en el memorial que precede, se dispone: Señálase la audiencia del día viernes veintiocho de febrero del año actual, para que a las dos de la tarde se dé comienzo a la venta en pública subasta del bien perseguido en este juicio. Será postura admisible para el remate el ochenta por ciento (80%) del avalúo dado a la finca perseguida. Fíjense los carteles de que trata el artículo 1038 del C. J. y P. C. Notifíquese y cúmplase. — Carlos García Solano. — El Secretario en propiedad, Benjamín Castro D."

El juicio siguió su curso hasta verificarse el remate de la finca hipotecada, que le fue adjudicada a Muvdi, quien obtuvo la aprobación y el registro de aquél.

Consumado todo lo anterior, Nicomedes Flórez L., con poder de los mencionados esposos Ruiz Quijano y Alvarino, entabló, en libelo de 25 de febrero de 1937 demanda ordinaria contra Elías Muvdi para que "se declare que es nulo el juicio especial de hipoteca que este señor siguió contra mis poderdantes Jorge A. Ruiz Quijano y María T. Alvarino de Ruiz Quijano, inclusive el remate de un bien inmueble verificado el veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis; el auto aprobatorio de ese remate que tiene fecha veintiocho de marzo del mismo año; el registro de ese auto verificado el vein-

tisiete de abril del mismo año, bajo el número 409, página 202 del Tomo Segundo impar del Libro de Registro número 1°, y el registro de la matrícula de ese bien verificado bajo el número 225, en la misma oficina de Registro de este Circuito".

Los hechos fundamentales de la acción son estos: Que habiendo estado el juicio suspendido por más de seis meses, la primera notificación que se hizo después de la suspensión ha debido hacerse al demandado, no por estado sino personalmente como lo preceptúa el artículo 322 del C. J. y que, no habiéndose procedido así, es nula la notificación y no produce efecto alguno. Que los avisos del remate tienen fecha anterior a la notificación del auto que ordena su fijación, puesto que aquéllos tienen fecha 31 de enero de 1936 y la notificación del proveído que los autoriza se hizo por estado el día siguiente, primero de febrero. Que la diligencia del remate "no dice en su propósito qué fue lo adjudicado y tampoco lo dice el auto que aprobó dicho remate".

En derecho se fundó en los artículos 322, 327, 448, 457 y 458 del C. J.

El juez a quo, 1° del Circuito de Barranquilla, en sentencia de 17 de noviembre de 1938, desató la litis accediendo a las peticiones de la parte actora. El Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla, donde subió el asunto, por apelación de la parte demandada, revocó la sentencia del inferior, negó las peticiones de la acción y absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

Este fallo lleva fecha de 21 abril del año en curso, y de él conoce la Corte por recurso de casación interpuesto y concedido a la parte vencida.

La sentencia se apoya en las siguientes bases: a) Que en los avisos de remate se insertaron los linderos de la finca con toda precisión y que si es cierto que tienen fecha anterior en un día a la del auto que los decretó, tal cosa no constituye nulidad por cuanto en vez de restringir el plazo para verificar el remate, que va siempre en beneficio del deudor, lo amplió, y b) En que si es cierto que el auto de fecha 30 de enero de 1936 no se notificó personalmente al demandado, sino que esa notificación le fue hecha por estado, tal procedimiento no constituye nulidad porque el artículo 322 obedece a una regla general y se refiere a cuando la paralización o suspensión obedece a abandono de la parte actora, pero no cuando obedece a un imperativo legal en virtud de una disposición de orden unilateral como lo fue la Ley 37 de 1932. Además, se expresó así el Tribunal: "Fundado en la disposición inserta (artículo 6° del Decreto 280) y en curso el juicio, los esposos Ruiz Quijano-Alvarino, dijeron al Juez que al amparo de lo prevenido en las disposiciones de la Ley 37 de 1932, se sirviera suspender el juicio a efecto de que se suspenda el remate del bien que se persigue; y el Juez sin oír ni citar al actor dispuso suspenderlo conforme se había pedido con la determinación del día cierto y preciso y que esa suspensión se decretaba hasta el 31 de diciembre de 1935. Esa suspensión era un término extintivo a fecha cierta y determinada para los ejecutados y cuando la ley determina que un hecho se observe hasta determinada fecha, a día cierto, se entiende que ha de observarse hasta la media noche de dicho día. Y un término suspensivo para el ejecutante que por el imperativo de una ley especial mantenía en suspenso, y aun sin su consentimiento y querer, el ejercicio de un derecho que había puesto en acción".

El recurrente acusa el fallo por la causal 1ª del artículo 520 del C. J., por cuanto en su concepto la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, por errónea interpretación, por falta de aplicación y por indebida aplicación. Sobre la base de que el auto de 30 de enero de 1936 ha debido notificarse personalmente al demandado o en la otra forma prescrita por el artículo 322 del C. J., y no habiéndose procedido en esa forma, como efectivamente no se procedió, sino que la notificación de tal proveído se hizo por estado, el recurrente sostiene que es nula no sólo dicha notifi-

cación sino todo lo actuado desde esa fecha en adelante por el Juez y sobre ese concepto señala como violados ya por infracción directa, ya por falta de aplicación al caso del pleito los artículos 322, 448, numerales 1º y 3º, 451, numeral 2º, 1192 y 1197 del C. J. y 6º y 1740 del C. C. Para el recurrente, además, el juez procedió sin jurisdicción, porque estaba suspendida y el Tribunal interpretó erróneamente la Ley 37 de 1932 en cuanto disponía la suspensión de los juicios ejecutivos en ciertos casos.

La Corte considera: Los fenómenos legales producidos por la suspensión de términos o por la paralización de un proceso son esencialmente diferentes en su configuración y efectos. Los términos judiciales se suspenden para todos los negocios en curso en los casos contemplados por el artículo 369 del C. J. en relación con el artículo 181, ibidem. Dichos términos no corren para un negocio determinado cuando se presenta alguna de las circunstancias contempladas en algunos de los cuatro numerales del artículo 370 de la misma obra. En el primer caso, la suspensión tiene lugar por ministerio de la ley y por vía general para todos los procesos. En el segundo caso la suspensión se verifica en vista de un interés particular o de un hecho de los expresados taxativamente en el artículo 370, que afecta a alguna de las partes litigantes. Por eso la suspensión en este caso no tiene incidencia sino sobre un proceso determinado.

En la suspensión, sea por ministerio de la ley, artículo 369, sea por voluntad de las partes o porque se presenten algunas de las causales del artículo 370, tiene estos dos factores: a) Los días comprendidos o corridos dentro del término de la suspensión no pueden jamás contarse, computarse o agregarse al término que requiere la ley para que se produzcan los efectos de la caducidad o abandono del negocio, y b) Siendo la suspensión a día fijo y determinado, ya en el caso del artículo 369, ya en el del 370, no es necesaria la notificación personal para que siga el proceso, porque del término de la suspensión han tenido conocimiento las partes y saben entonces qué día el proceso ha de continuar adelantándose. Si de ese día en adelante alguna de las partes no hace gestión propia para la prosecución del proceso, las consecuencias de su negligencia o descuido recaen sobre ella, pero no refluyen, ni pueden refluir sobre la validez del proceso ni menos puede esa actitud negligente paralizarlo o suspenderlo o entrabar la actuación de la otra parte.

Cuando el juicio no prosigue, sin estar de por medio fenómenos de la suspensión, tal hecho depende de la abstención o inactividad de las partes, especialmente del demandante, y entonces cuando ese estado se ha prolongado por más de seis meses, es preciso para la prosecución del juicio la notificación del primer auto en la forma prevenida por el artículo 322 del C. J. La razón de esto es clara, porque no puede una de las partes en un proceso estar pendiente de la voluntad de la otra en no adelantarlo y no puede exigírsele que sepa o adivine cuándo habrá de proseguirlo. El artículo 322, entre otras razones, se funda en la de evitar sorpresas a una de las partes y que la otra pueda aprovecharse de su propia negligencia, que puede ser culposa en muchos casos. Además, la paralización del proceso en el caso del artículo 322, es la base para la caducidad del juicio de que trata el artículo 364 de la misma obra, puesto que los meses corridos a que se refiere el artículo 322 se computan para la sanción de caducidad, de que trata el artículo 364. De ahí que la notificación personal, cuando el caso del artículo 322 se presenta, tenga también por objeto que la parte demandada quede enterada de que la caducidad no se producirá por la suspensión a que se refiere el artículo 322. Suspensión y caducidad, ante los textos de los artículos 322 y 364, se refieren o conexionan con el concepto de abandono del proceso, lo que no pasa, ni puede pasar, con la suspensión legal de que tratan los artículos 369 y 370 de la obra citada.

En primer lugar, quien puede decretar

la suspensión de los términos en los procesos, y la suspensión de estos mismos, es el legislador; así ha pasado en nuestro país, cuando con motivo de la turbación del orden público, se ha decretado la suspensión de los términos de la prescripción: Así sucedió, recientemente cuando por motivo de la crisis fiscal y económica producida por la guerra europea el órgano ejecutivo debidamente autorizado expidió los decretos de carácter legislativo números 280 y 420 de 1932 y luégo el legislador de ese año en la Ley 37, dijo lo siguiente en el artículo 2º "Respecto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior, la suspensión del remate de que trata el artículo 7º del precitado Decreto 280, adicionado por el artículo 2º del Decreto 420 también citado, será de tres años más, a partir del 1º de enero de 1933 si así lo pidiere el deudor..... La suspensión..... expirará en todo caso el 31 de diciembre de 1935".

En esta norma legal se estatuyeron dos principios: la sola voluntad del deudor o demandado producía la suspensión del remate, suspensión que estaba obligado a decretar el Juez en virtud de la sola petición de aquél; la suspensión se producía y regía hasta día cierto y determinado, el 31 de diciembre de 1935. De modo que así como el demandado conocía la ley que le daba la gracia de obtener la suspensión del remate, la conocía también para el efecto de saber hasta qué día expiraba tal gracia o suspensión. El proceso se suspendía, no en virtud de abandono o negligencia del acreedor, sino por voluntad del deudor y en virtud de un texto legal expreso.

De lo anterior resulta que el demandado que había obtenido la suspensión del remate, sabía hasta cuándo duraba ese efecto, y entonces estaba en la obligación de volverse a apersonar del asunto el día en que la suspensión terminaba.

No se requería por lo tanto, en el caso de este pleito, notificación personal del auto de 30 de enero de 1936, tanto por lo ya expuesto anteriormente, como porque además en el auto que decretó la suspensión del remate dijo el Juez para abundar más, que la suspensión se efectuaba hasta el 31 de diciembre de 1935 y de este auto tuvo conocimiento la parte ejecutada entonces y demandante hoy.

Consideradas así las cosas, no existe, a juicio de la Corte, infracción de ninguna de las normas legales citadas por el recurrente, ya por violación directa, mala aplicación o falta de ésta al caso del pleito, como tampoco interpretación errónea de los textos pertinentes de la Ley 37 de 1932.

Al dictarse por el Juez 1º del Circuito de Barranquilla el auto mencionado de 30 de enero, este funcionario tenía plena jurisdicción para proveer en el asunto, por cuanto la Ley 37 mencionada fijó el día cierto y determinado en que los juicios ejecutivos y de remate o adjudicación de la cosa hipotecada o dada en prenda podían proseguir. El auto fue dictado después de esa fecha y a petición de parte legítima, de donde no resulta valedero el argumento que el recurrente aduce fundado en el numeral 3º del artículo 147 del C. J.

Después de haber entrado este negocio para sentencia, el recurrente dirigió una solicitud que tiende a poner de relieve un hecho que olvidó expresar en la demanda de casación y que es este: preceptúa el artículo 469 del C. J. que toda providencia judicial termina con las firmas del Juez, los Magistrados y el Secretario. Para el recurrente la sentencia que es objeto del recurso adolece de la falta de la firma de uno de los Magistrados, "porque de lo que se encuentra al final de la sentencia nadie puede saber quién es M. Pérez Pérez". Concluye el recurrente que se violó por ese motivo la disposición del artículo 469 y por lo tanto no hay sentencia legal.

La Corte considera: La solicitud es extemporánea, porque fue hecha fuera del término en que debía presentarse la demanda de casación (artículo 530 del C. J.) El haberse abstenido uno de los Magistrados de poner su nombre completo, limitándose a la inicial de éste, es una irregularidad ante el artículo 349 del C. J.;

pero sabido es que no toda irregularidad constituye nulidad.

Por lo anterior no puede sostenerse que la sentencia haya sido acordada con menor número de votos del exigido por la ley. Tampoco podría sostenerse en caso hipotético de que hubiera nulidad, que ésta refluyera en casación porque las nulidades que tienen esa trascendencia son únicamente a las que aludo el numeral 6º, artículo 520 del C. J., en relación con el 448 de la misma obra, y entre ellas no está, ni podría estar a la que se refiere el recurrente, que repite la Corte, no es nulidad.

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

Publíquese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**, previa copia y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez — Arturo Tapias Pilonieta—Juan Francisco Mújica. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SOLICITUD DE ACLARACION DE UNA SENTENCIA

Los conceptos que pueden aclararse no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellos provenientes de redacción ininteligible o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

El apoderado de la que fue demandante en este juicio ordinario, en el precedente memorial solicita, apoyado en el artículo 482 del Código Judicial, que se le aclare la siguiente duda, surgida de la sentencia de casación de la Corte:

Admitido que no existió contrato de compraventa en la convención escriturada número 54 de fecha 27 de enero de 1916, otorgada en la notaría de Duitama; declarada en la sentencia de casación, a que se refiere el pedimento, la simulación de la compraventa detallada en esa escritura por ausencia total de precio; conteniendo la parte petitoria de la demanda la súplica de que se declare la nulidad de tal compraventa, por haber ocurrido causales legales que la invalidan, causales que fueron alegadas y probadas en el juicio; "debe fallarse el pleito aceptando la nulidad demandada en la parte petitoria del libelo, bajo el título jurídico de lo que es en derecho la venta, pero declarando en la sentencia de casación que el convenio existe, el que celebró el doctor Becerra con la señorita Sánchez Arango, en su categoría Fundación de beneficencia, únicamente, ya que tampoco se puede caracterizar jurídicamente ese convenio con el título de donación?"

Apunta en seguida el memorialista los inconvenientes que se siguen de dejar subsistente la escritura número 54, como de compraventa, especialmente para los efectos del registro de instrumentos públicos, pues los terceros podrían ser inducidos a error. Agrega que si la sentencia no va a sufrir ninguna adición ni aclaración al menos se disponga que por el juez de la causa se le remita en copia al notario y al registrador respectivos.

Se considera:

De acuerdo con el artículo en que se apoya el recurrente las sentencias definitivas pueden aclararse en cuanto a los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. La disposición prohibe a los jueces revocarlas o reformarlas, de lo que resulta que proferidas se hace imposible reconsiderarlas bajo ningún pretexto, mucho menos con el de hacer nuevos razonamientos o exponer nuevos puntos de vista que entrañen una revisión total o parcial de las ideas que fueron emitidas. De consiguiente los conceptos que pueden aclararse no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellas provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo.

De acuerdo con estas ideas que surgen de la sola lectura del artículo invocado y que son las que constantemente ha sustentado la Corte, la solicitud de aclaración es inadmisible, ya que a pretexto de

ella lo que se persigue es una modificación de la parte resolutiva del fallo, en el sentido de que se acepte por la Corte la solicitud de nulidad de la escritura materia de la controversia, en cambio de la absolución pura y simple de la demandada. En la parte motiva de la sentencia ya se dijo por qué razón no prosperaba la demanda de nulidad y se hizo en términos tan claros que la exposición doctrinal le merece al peticionario las frases de encomio con que se expresa. Por tal razón no queda la menor duda de que la lógica de las ideas y de los principios imponía la solución que finalmente fue adoptada, de absolver a la parte demandada.

En cuanto a lo relacionado con el registro de la sentencia, por ser un punto reglamentado particularmente en el artículo 2652 del C. C. no puede ser por ello materia de aclaraciones, pues el registro en los casos previstos se debe hacer por ministerio de la ley y de acuerdo con ella.

En consecuencia 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, niega las peticiones del anterior memorial.

Notifíquese, cópiese e insértese este auto en el próximo número de la Gaceta Judicial.

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez. — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero primero de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Francisco Mújica)

Visto el artículo 533 del C. J., y reconsiderando que, según el informe anterior del Secretario, la parte recurrente no fundó el recurso de casación dentro del término legal y que éste se halla vencido, se resuelve: la Corte Suprema, en 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 interpuesto por la demandante contra la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Barranquilla el 9 de febrero de 1939 en este juicio ordinario de María Eulalia Medina de Foschini contra Camilo Alliegro.

Las costas, si las hubiere, son de cargo de la parte recurrente.

Notifíquese.

Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCIONES DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCION DE UN INMUEBLE. — EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS.—ACCION RESOLUTORIA. ENTREGA POR EL REGISTRO DEL TITULO Y ENTREGA MATERIAL.—NO BASTA LA PRIMERA.

1.—Las reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos se explican por la noción de *causa de las obligaciones* y se derivan del modo como tal noción incide sobre el mecanismo de esos contratos. Son tres estas reglas: a) Las obligaciones recíprocas de las partes deben ser ejecutadas *simultáneamente*, a menos que, por excepción, los contratantes hayan pactado otra cosa o la naturaleza de la convención se oponga a ello. De tal manera que si la ley o el contrato no prevén lo contrario, ninguno de los contratantes está obligado a efectuar su prestación antes que el otro. b) Si uno de los contratantes rehusa o descuida ejecutar su obligación, el otro puede pedir judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, siendo de advertir que este derecho de opción, como consecuencia que es de la noción de causa, está condicionado por el sentido de ésta. c) Si un acontecimiento de fuerza mayor impide a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del C. C., texto éste que, por una imperfecta adopción del principio *res perit domino*, contraría las reglas de simetría contractual en los contratos sinalagmáticos. 2.—Mediante las dos instituciones de la *exceptio non adimpleti contractus* y la acción resolutoria, se asegura en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes; se realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las convenciones bilaterales, y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tiene el principio de la buena fe, la noción de causa y la de *móviles determinantes* del acto jurídico. — 3.—La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del C. C. y a la excepción *non adimpleti contractus* del artículo 1609 del mismo. Pero para el ejercicio legalmente correcto de esta acción alternativa no basta, tratándose del contrato de compraventa, que se compruebe que no se ha pagado el precio o no se ha entregado la cosa vendida, sino que es preciso también que el demandado contratante se haya colocado en el estado legal de mora, para lo cual se requiere como antecedente indispensable que la obligación se haya hecho exigible. — 4.—El derecho optativo para pedir la resolución del contrato (1546, inc. 2º), no corresponde sino al contratante que ha cumplido por su parte sus prestaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. En el caso de que ninguna de las dos partes contratantes dé adecuado cumplimiento a sus obligaciones recípro-

cas, no existe la situación jurídica de mora y entonces es improcedente el ejercicio de la acción resolutoria, porque "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" (Artículo 1609, C. C.)—5.—No basta en un contrato de compraventa de bienes raíces la simple entrega hecha por el registro o inscripción del título en el registro de instrumentos públicos, sino que es necesario, para complementarla legalmente, verificar la entrega material de la cosa vendida para realizar el derecho de goce del comprador. La ley de procedimiento civil (artículo 887, C. J.), provee al cumplimiento forzado de esta obligación del vendedor de entregar materialmente la cosa vendida, cuando a pesar de la inscripción del título en la Oficina de Registro correspondiente, el tradente retenga materialmente la cosa en su poder.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero dos de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 3º Civil de este Circuito, por medio de apoderado y en libelo que lleva fecha 6 de diciembre de 1935, Obdulio Chala H. demandó a José Ignacio del mismo apellido para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare resuelto el contrato de compraventa celebrado por el actor como vendedor y el demandado como comprador y de que da cuenta la escritura pública número 74 de 16 de enero de 1931, otorgada ante el Notario 5º de Bogotá, de un lote de terreno denominado Potrero del Puente, ubicado en jurisdicción del Municipio de Villeta, alinderado como allí se expresa, y que, en consecuencia, se declare que el referido inmueble es de la exclusiva propiedad del demandante a quien debe destituírsele, ordenando la cancelación de la correspondiente inscripción en el registro, indemnizándole, además, de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual y condenando al demandado en las costas del juicio, en caso de que se oponga a las declaraciones suplicadas.

Consta en el instrumento escriturario referido, acompañado a la demanda en copia auténtica debidamente registrada, que el precio de la venta de la finca fue la cantidad de $ 14,000, que el vendedor Chala declaró recibidos de manos de su comprador a satisfacción. El hecho esencial en que se hace reposar la acción resolutoria ejercitada por el vendedor consiste en el incumplimiento total del contrato por parte del comprador, por no haber pagado el precio convenido, cuando por parte del actor, según su propia afirmación, "cumplió las obligaciones que le asistían, y además estuvo dispuesto a ello en la oportunidad debida".

Surtidos los trámites procedimentales del primer grado, el Juzgado del conocimiento, fundado en la tesis de que para decretar la resolución de la compraventa no basta demostrar el incumplimiento del demandado, cosa que se hizo con prueba de confesión ficta, sino que es indispensable también que se demuestre el cumplimiento de las prestaciones del actor y la mora del deudor, requisitos éstos indemostrados en el juicio, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda y condenó al actor en las costas de la instancia, en sentencia fechada el 7 de septiembre de 1937.

Apelado este fallo por el demandante, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial lo "reformó" en sentencia definitiva de 14 de diciembre de 1938, en la cual declaró resuelto el contrato en referencia, celebrado por el actor con el demandado; ordenó la cancelación del registro del correspondiente título; condenó al demandado a pagar al demandante el valor de los perjuicios ocasionados por su incum-

plimiento, los que se fijarán de acuerdo con el artículo 553 del C. J., y al pago de las costas de ambas instancias por considerar temeraria la oposición del reo.

La decisión del Tribunal se fundamenta, en síntesis, en que estando plenamente demostrado que el comprador demandado no pagó el precio de la venta, como se desprende de su confesión ficta, que es prueba completa por no haber sido desvirtuada ni su mérito debilitado por probanzas de mejor calidad y fuerza, y debiendo haber verificado el pago inmediatamente como lo dispone la ley para los casos en que no se estipula plazo, no era necesario acreditar ninguna otra condición para tener por establecida la mora del deudor. Tratándose en este caso de invalidar el contrato y no de obtener su cumplimiento, la prueba de la falta de pago en las condiciones dichas, es bastante para asegurar la prosperidad de la acción resolutoria. "Para que la resolución del contrato pueda prosperar basta acreditar que no se ha pagado el precio o no se ha entregado la cosa y se cumple el fenómeno cuando no se ha concedido plazo para lo uno o para lo otro. De los elementos que arroja el expediente no se encuentra fundamento alguno para sostener que hubo plazo para el pago del precio de la finca y como no se acreditó este hecho, síguese que de acuerdo con los principios generales, el pago era de contado y no habiéndose satisfecho en la oportunidad debida, el acreedor está en capacidad legal de solicitar y obtener la resolución del contrato, sin que pueda invocarse en su contra la doctrina del artículo 1609 del C. C., por no ser aplicable al caso del pleito. Y no es aplicable la disposición citada porque en este proceso aparecen compensadas las culpas, o en otros términos, ninguno de los contratantes ha cumplido lo pactado, pues ni el comprador pagó el precio, ni el vendedor entregó la cosa vendida, aunque sí trasmitió el dominio con la inscripción del título en el registro". Se abstuvo el Tribunal de decretar la restitución de la finca, porque "en los autos se encuentra plenamente acreditado que el actor no le hizo la entrega material de la finca al demandado José Ignacio Chala".

Es esta sentencia cuyos fundamentos se acaban de extractar, la que se ha acusado ante la Corte en el recurso de casación oportunamente interpuesto y fundado por el demandado, y que hoy se procede a decidir por estar legalmente preparado.

Se apoya el recurso en la causal primera del artículo 520 del C. J., por infracción directa, indebida aplicación e interpretación errónea de la ley sustantiva, y se señalan como quebrantados directamente, entre otros, los artículos 1608, 1609, 1929, 1930, y 1546 del C. C.

Las razones fundamentales demostrativas de las violaciones legales que se imputan al Tribunal, pueden resumirse así:

De acuerdo con el artículo 1609 del C. C., en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos; de consiguiente, no habiendo en este caso mora en ninguna de las partes contratantes, hace falta este elemento jurídico como base indispensable de la demanda. Es necesario el requerimiento judicial. El pago debe hacerse en el lugar y tiempo de la entrega cuando no hay estipulación en contrario, de modo que el pago depende de la entrega, o al menos del allanamiento a entregar. La inscripción del título en el registro transfiere el dominio y la posesión civil y capacita para disponer de la cosa, pero con esto solo no ha cumplido el vendedor su obligación principal de entregar la cosa vendida.

Se considera:

"Del principio fundamental sobre fuerza obligatoria de los contratos —ha dicho esta Sala — consagrado en el artículo 1602 de nuestro Código Civil, se deriva la necesidad, para cada uno de los contratantes, de ejecutar su prestación de conformidad con una serie de reglas ju-

rídicas que son aplicables, unas, a todos los contratos, y otras, a los contratos sinalagmáticos únicamente.

"Las reglas aplicables a todos los contratos son estas:

a) Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, lo que vale decir que los contratantes deben proceder honesta y lealmente y ajustándose en un todo a los dictados de la equidad, y que deben cumplir sus obligaciones y ejercitar sus derechos sobre la base de que, habiendo sido como fue consagrada por la ley la obligación en razón de su utilidad social, no se puede abusar del derecho ni perder de vista la finalidad de la convención. b) El deudor de la obligación debe poner, en el cumplimiento de ésta, la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia, cuando se trata de convenciones como la que se estudia, hechas en beneficio recíproco de las partes.

Las reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos —tendientes todas ellas a conservar la simetría contractual exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral —se explican por la noción de causa de las obligaciones y se derivan del modo como tal noción incide sobre el mecanismo de estos contratos sinalagmáticos.

Son tres estas reglas:

a) Las obligaciones recíprocas de las partes deben ser ejecutadas simultáneamente, a menos que, por excepción, los contratantes hayan pactado otra cosa o la naturaleza de la convención se oponga a ello. De tal manera que si la ley o el contrato no prevén lo contrario, ninguno de los contratantes está obligado a efectuar su prestación antes que el otro. b) Si uno de los contratantes rehusa o descuida ejecutar su obligación, el otro puede pedir judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, siendo de advertir que este derecho de opción, como consecuencia que es de la noción de causa, está condicionado por el sentido de ésta. c) Si un acontecimiento de fuerza mayor impide a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del C. C., texto éste que, por una imperfecta adopción del principio res perit domino, contraría las reglas de simetría contractual en los contratos sinalagmáticos.

"La primera de las indicadas reglas tiene una aplicación fundamental en la llamada exceptio non adimpleti contractus, creada por los canonistas; consagrada sin necesidad de texto expreso, por la doctrina francesa contemporánea, reconocida, de manera explícita, por el artículo 1609 de nuestro C. C.; y reglamentada muy técnicamente por los Códigos más modernos, como el alemán (artículos 320 y 322) y el suizo de las obligaciones.

"Mediante la exceptio non adimpleti contractus cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar de esta suerte a obtener que la convención se ejecute "dando y dando".

Pero como no sería una solución satisfactoria la de dejar indefinidamente en una situación de incertidumbre sobre las intenciones de la otra parte al contratante listo a ejecutar —que se vería expuesto así al peligro de que un día cualquiera se le exigiera sorpresivamente la ejecución prometida— había que reconocer en su favor el derecho de poder obtener la liquidación de esta situación en una forma que le devolviera su libertad.

"Para atender a esa necesidad, a esa exigencia de la moral y de la justicia, el derecho canónico —sobre la base de la regla formulada por sus moralistas: non servati fidem, non est fides servanda — creó la teoría de la resolución del contrato con características distintas a las del pacto comisorio romano, como que, según lo asienta Ripert, aquélla no es otra cosa que la consagración de una regla moral que atempere el rigor de los principios del derecho romano y que no constituye una aplicación de la ley de las partes sino "un echec au contrat". Introducida más

tarde al derecho civil la resolución—como una aplicación de la teoría de la causa, según Capitant, Planiol et Ripert y otros autores; o como una manifestación del principio de la equivalencia de las prestaciones, según Maury; o como una repercusión de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Josserand—hoy se encuentra consagrada en todos los Códigos, aunque en algunos, como el francés y el colombiano, en una forma que—en sentir de la mayor parte de los tratadistas contemporáneos (Ripert, Eismein, Capitant)— es muy poco técnica, porque se presenta allí como un pacto comisorio tácito cuando en realidad es una regla de equidad, que reposa sobre una idea moral, y que se impone a las partes sin que ellas puedan renunciar a su aplicación por anticipado".

"Así —mediante las dos instituciones explicadas: **exceptio non adimpleti contractus** y acción resolutoria— se asegura en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes; se realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las convenciones bilaterales, y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tiene el principio de la buena fe, la noción de causa y la de **móviles determinantes** del acto jurídico.

"De esa manera, cuando un contratante no ejecuta su obligación el otro no se encuentra ante el dilema de demandar la resolución o emplear las vías judiciales de ejecución forzada. Tiene un tercer camino: rehusar provisionalmente la ejecución hasta el día en que la otra parte ejecute su obligación, o, en otras palabras, no ejecutar sino 'dando y dando'. Asimismo, el contratante que se protege con la **exceptio non adimpleti contractus** no se coloca en el peligro de permanecer indefinidamente en una situación de incertidumbre. Para ponerle término a ésta, puede, cuando el cocontratante esté en mora, demandar la resolución, o sea la declaración judicial en virtud de la cual queda relevado de su compromiso por razón de la inejecución del compromiso del cocontratante". (G. J. T. XLIII, páginas 342 y 343).

La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del art. 1546 del C. C. y a la excepción **non adimpleti contractus** del artículo 1609 de la misma obra. Pero para el ejercicio legalmente correcto de esta acción alternativa no basta, tratándose del contrato de compraventa, como lo asienta la sentencia acusada, que se acredite que no se ha pagado el precio o no se ha entregado la cosa vendida, sino que es preciso también que el demandado cocontratante se haya colocado en el estado legal de mora, para lo cual se requiere como antecedente indispensable que la obligación se haya hecho exigible. Entre los caracteres propios de la resolución, que son a la vez condiciones esenciales para el ejercicio de la acción correspondiente, fuera de que supone la existencia de un contrato bilateral válido, se pueden señalar como indispensables el hecho de que por parte del demandado haya habido falta de cumplimiento de las obligaciones que contrajo, porque en eso consiste la realización de la condición tácita o subentendida que va envuelta en los contratos bilaterales (1546 C. C.), incumplimiento que puede ser total o parcial de cuantía o importancia suficiente y de naturaleza capaz de producir en el demandado el estado de mora, y que respecto del demandante o actor haya cumplido por su parte las obligaciones que le imponía el contrato bilateral, o que está pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. El derecho optativo para pedir la resolución del contrato (1546, inc. 2º) no corresponde sino al contratante que ha cumplido por su parte sus prestaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. En el caso de que ninguna de las partes contratantes dé adecuado cumplimiento a sus obligaciones

recíprocas, no existe la situación jurídica de mora y entonces es improcedente el ejercicio de la acción resolutoria, porque "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos", como lo establece el artículo 1609 del C. C., cuya aplicación declara equivocadamente impertinente al caso de autos la sentencia en estudio.

El estudio del proceso no muestra al demandante Obdulio Chala H. en las condiciones jurídicas necesarias para poder demandar la resolución del contrato de compraventa a que se refiere la demanda, pues no está probado que en ninguna fecha se allanara éste a cumplir legal y plenamente su obligación de entregar el fundo vendido sin obtener que su demandado cumpliera la suya de pagarle el precio de la venta, de manera que no habiendo ocurrido esto, no puede decirse que el demandado José Ignacio Chala esté constituído en mora, y, por lo tanto, el actor carece del derecho a la resolución del contrato igualmente incumplido por él.

Como atrás se dejó dicho con las trascripciones correspondientes de la sentencia, el Tribunal afirma reiteradamente en acuerdo con las constancias procesales, que el demandante vendedor no hizo entrega corporal del predio de Potrero del Puente a su demandado comprador. Sobre este hecho negativo no ofrece ninguna duda el expediente, a pesar de la afirmación implícita que sobre este punto contiene la súplica de la demanda sobre devolución de la finca compravendida. La única prueba producida en el juicio consiste en las posiciones pedidas en la primera instancia por el actor a la parte demandada, y en las cuales fue declarada confesa en la decisión que finalizó el incidente correspondiente. La no entrega del fundo vendido surge, fuera de circunstancias como la de haber vendido el demandante lotes parciales de Potrero del Puente con posterioridad al otorgamiento de la escritura número 74 de 16 de enero de 1931, de la propia confesión del actor que va envuelta en la pregunta octava del pliego de sus posiciones, que reza: "Diga el absolvente como es cierto que en virtud de no haber pagado el precio fijado no entró en posesión del inmueble comprado, ni ha ejercitado en él acto alguno de posesión hasta el presente?" Nada se dijo en la escritura pública en referencia con la entrega del inmueble, y por consiguiente esta obligación principal ha debido ser cumplida cabalmente por el vendedor en la oportunidad que señala la ley, esto es, inmediatamente después de perfeccionado el contrato como lo establece el artículo 1882 del C. C. Este era el tiempo debido para su cumplimiento, y en relación con la forma, no basta para la total satisfacción de la obligación de entregar la mera inscripción del título en el registro de instrumentos públicos, sino que es necesario, para complementarla legalmente, verificar la entrega material de la cosa vendida para realizar el derecho de goce del comprador. La ley de procedimiento civil (artículo 887 del C. J.) provee al cumplimiento forzado de esta obligación del vendedor de entregar materialmente la cosa vendida, cuando a pesar de la inscripción del título en la Oficina de Registro correspondiente, el tradente retenga materialmente la cosa en su poder.

Las consideraciones que van expuestas, son bastante fundamento para concluír que la sentencia acusada en casación debe ser infirmada porque el Tribunal que la profirió incurrió en violación de los arts. 1609 y 1546 del C. C., al negarle procedencia y aplicación al primero y al interpretar erróneamente el segundo, y sirven asimismo para dar apoyo legal a la resolución que ha de proferir la Corte en reemplazo de la definitiva de segundo grado.

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

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de diciembre de 1938, acusada en este recurso, y en su lugar, por los motivos expuestos en este fallo, confirma la de primera instancia proferida por el Juzgado 3º Civil de este Circuito el 7 de septiembre de 1937.

Sin costas en el recurso.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE PERJUICIOS.—HIGIENE Y SALUBRIDAD DE LAS HABITACIONES URBANAS.—EJERCICIO DE ACCIONES SOBRE POLICIA SANITARIA. — JUSTIFICACION DE ESAS ACCIONES ANTE EL DERECHO CIVIL.—EN QUE CASOS HAY RESPONSABILIDAD POR PARTE DE LAS AUTORIDADES EN EL EJERCICIO DE ESAS ACCIONES.—TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD.—NOCION DE SERVICIO PUBLICO.

1.—La Junta Central de Higiene, creada por la Ley 30 de 1886, quedó sustituída por el Departamento Nacional de Higiene y Asistencia Pública, creado por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1931 y reglamentado por el Decreto número 1828 del mismo año, entidad administrativa a la que se señalaron las funciones de dirigir, vigilar y reglamentar la higiene y salubridad pública y privada, en todos sus ramos, y cuyas disposiciones venían a ser, por mandato legal, actos oficiales, obligatorios, que todas las autoridades debían cumplir y hacer cumplir. De ahí que los artículos 20 de la Ley 1ª de 1931 y 21 de la 99 de 1922 ordenaron que los funcionarios del orden administrativo y de policía dieran inmediato cumplimiento a las disposiciones sobre higiene, mientras no fueran derogadas por la autoridad sanitaria superior o por la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 5º de la Resolución Nº 270 de 1935, del Departamento Nacional de Higiene, autoriza a los funcionarios de sanidad y de policía, los que tienen las mismas facultades según el artículo 9º de la Ley 112 de 1919, para ordenar la demolición de las obras que se hayan iniciado y que se adelanten en forma que no consulte las necesidades de salubridad pública, y para imponer multas sucesivas, que se harán efectivas por trámites administrativos, a quienes de esta manera atenten contra la salud pública. — 2.—El artículo 152 del Código de Policía de Cundinamarca es de exclusiva aplicación en litigios que se susciten por el mal estado de edificaciones urbanas, cuando quiera que ellas constituyan grave peligro para sus aledañas, por su estado ruinoso o por defectos de construcción. Pero tales formalidades, de índole rígidamente policiva, no pueden ser aplicables para regular las actividades de una entidad de derecho público a quien está encomendada la salvaguardia de la salud colectiva. Porque es indudable que las actividades que ejercitan las autoridades en materia de policía sanitaria hay que aceptarlas, por su propia naturaleza, como dotadas de urgencia o impuestas por la necesidad de su inmediata eficacia, lo que resulta incompatible con las trabas fijadas a los procedimientos policivos entre particulares. — 3.—El ejercicio de las funciones de policía sanitaria que compete a las autoridades municipales en guarda de la salud general no puede comprometer la responsabilidad civil de las entidades estatales, en cuanto se cumplan dentro de la órbita normal de las atribuciones legales; con mayor razón cuando el detrimento que en defensa de la salud pública se ha irrogado al patrimonio privado ha sido consecuencia necesaria de un hecho u omisión del dueño, coloca-

do en rebeldía con disposiciones sanitarias. La autoridad, de cualquier categoría que sea, tiene la responsabilidad y la obligación de velar por la salud de los asociados y los ciudadanos el deber de no atentar en ninguna forma contra el bienestar y la salud colectiva, sometiéndose incondicionalmente a los reglamentos sanitarios. El particular que viole una regla de sanidad pública y por este motivo dé ocasión al ejercicio de una actividad oficial defensiva que le cause detrimento patrimonial, no tiene derecho a demandar ninguna indemnización contra el Estado, porque él mismo fue la causa determinante del hecho perjudicial. La acción de las autoridades, en tales casos, no puede ser fuente de responsabilidad civil, sino en cuanto se evidencie plenamente que tal actividad estatal fue abusiva y ocasionó la lesión patrimonial, sin razón o fundamento alguno que la justifique. De ahí que en tales casos es de rigor aportar la verdad judicial de tal abuso, que viene entonces a ser la fuente originaria de la responsabilidad. — 4.—La teoría de la responsabilidad administrativa señala dos especies: la directa o sin falta y la indirecta o culposa. El Estado, por motivos de interés público, se ve muchas veces en la necesidad de sacrificar el interés privado al general de la colectividad. Esta responsabilidad directa es limitada y debe estar condicionada por las circunstancias y las razones que la determinan, para que no se convierta el progreso colectivo en fuente de indebidos proventos. Cada caso planteará una cuestión de hecho, que deberá ser analizada y calificada.— 5.—La noción de servicio público, según Duguit, es la fuente y la razón de ser y a la vez el límite del poder público.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, febrero seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

Como hechos básicos de esta demanda se señalan los que pasan a enumerarse:

1º En el Juzgado 6º de este Circuito cursan las sucesiones acumuladas e ilíquidas de José Posada Tavera y de su esposa legítima, Sara Delgado de Posada;

2º A dichas sucesiones corresponden, entre otros bienes ,el lote de terreno con sus edificaciones existentes, marcadas con los números 6-86, 6-88 y 6-98, de la calle 29, esquina de la carrera 7ª, de esta ciudad, alinderado como se expresa en la demanda, de conformidad con la escritura pública número 1,930, de 9 de agosto de 1926, de la Notaría 2ª de Bogotá. Dicho inmueble lo hubo José Posada Tavera en virtud de compra que hizo por medio del referido instrumento, de manos de la señorita Amelia Sabogal Mantilla.

3º En las sucesiones acumuladas de que se viene hablando fue declarado como heredero, en su condición de hijo legítimo, el señor Alfredo Posada Delgado.

4º El Municipio de Bogotá, por conducto de su Secretario de Obras Públicas, sin previo aviso a ninguno de los herederos de las sucesiones expresadas, ordenó y llevó a cabo la demolición de una gran parte de las edificaciones existentes dentro del lote de terreno antes alinderado (seis piezas con frente a la calle 29).

5º Con la demolición ejecutada por orden del Municipio se han ocasionado graves perjuicios en los intereses de las citadas sucesiones, que el actor estima en la cantidad de veinte mil pesos ($ 20,000).

Juicio ordinario

Con fundamento en los anteriores hechos Alfredo Posada Delgado, en su condición de heredero de las sucesiones mencionadas, demandó por vía ordinaria al

Municipio de Bogotá, para que se le condene a pagar a las sucesiones ilíquidas de los cónyuges Posada-Delgado, la cantidad de veinte mil pesos ($ 20,000.00), en que estima los perjuicios ocasionados por la demolición ordenada por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio "de una parte considerable de la edificación existente sobre el lote de terreno antes alinderado", el cual se encuentra situado en la carrera 7ª de esta ciudad, barrio de San Diego, con la calle 29. En subsidio, suplica que se condene a la entidad demandada al pago de la suma en que pericialmente se estimen los perjuicios reclamados, durante el término del juicio.

Surtido el trámite legal, con la oposición del Personero Municipal, y presentados por ambas partes los elementos probatorios que estimaron pertinentes, el Juez 4º del Circuito de Bogotá finalizó la primera instancia en sentencia fechada el 13 de agosto de 1937, en la cual absolvió al Municipio demandado de los cargos formulados en la demanda. Funda su decisión absolutoria el juez a quo en dos consideraciones: en que la escritura número 1,930, que evidencia la propiedad del inmueble por parte de las sucesiones actoras, no fue exhibida y agregada en la forma especial prevenida en el artículo 636 del C. J., por haberse presentado en copia auténtica durante el plenario y no solicitada por conducto del encargado del protocolo; y en que el Municipio realizó por intermedio de la Inspección 8ª Municipal todas las diligencias previas que son de rigor para demoler edificaciones urbanas que constituyan peligro por su mal estado o condiciones higiénicas, y una vez surtidas esas formalidades procesales estaba autorizado para demoler, en virtud de autorización conferida en los artículos 150, 151 y 152 del Código de Policía de Cundinamarca.

La sentencia acusada

Apelada esa providencia por el actor, el Tribunal Superior de Bogotá tramitó la segunda instancia, y luégo de practicadas algunas pruebas, le puso fin en sentencia de 11 de marzo de 1939, en la cual revocó la de primer grado y en su lugar condenó al Municipio demandado a pagar a tales sucesiones ilíquidas los perjuicios ocasionados por la demolición, los que se estimarían como lo establece el artículo 553 del C. J.

En la sentencia del Tribunal, que viene a ser materia de este recurso de casación, se hace una larga exposición para rectificar la tesis del Juzgado sobre desestimación de la escritura número 1,930, por la forma como tal documento fue presentado en juicio. Sostiene el Tribunal que el valor probatorio de una escritura es cuestión de derecho sustantivo que se deduce del artículo 1759 del C. C. Que si se comparan los términos en que están redactados los artículos 630 y 636 del C. J. se llega a la conclusión de que ellos regulan la forma como deben presentarse en juicio las escrituras públicas y los instrumentos públicos, haciendo esos dos textos legales la debida distinción entre éstos, porque los instrumentos públicos constituyen el género, del cual la escritura pública es la especie; deduce de lo expuesto que el artículo 636 se refiere en general a todo instrumento, y el 630 trata solamente de escrituras públicas.

Sobre esta misma materia agrega el Tribunal "que de lo dicho se desprende que al caso de autos sólo es aplicable el artículo 630 del C. J., por tratarse de escrituras públicas, y no el 636, que se refiere a otra clase de instrumentos públicos. Es éste un corolario que se desprende directamente de lo que enseña el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que dice: 'la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general'. Por las anteriores razones hay que concluír que el demandante ha demostrado en forma plena, con la citada escritura, ser las sucesiones ilíquidas de sus padres dueñas del terreno y edificaciones a que se contrae la demanda".

Para el Tribunal están demostrados los elementos constitutivos de la culpa, que

hace al Municipio civilmente responsable de los perjuicios ocasionados por la demolición, porque ésta se realizó con manifiesta violación del artículo 152 del Código de Policía, pretermitiéndose todas las formalidades señaladas para justificarla. Hace un análisis de la prueba documental, para deducir que desde el doce de junio de 1936 se dejó expresa constancia de haberse verificado la demolición; y el 15 de ese mismo mes el Departamento de Arquitectura comunicó a la Secretaría de Obras Públicas que tales piezas habían sido demolidas, como se desprende de las copias que figuran al folio 8 del cuaderno 3º.

Observa por último el Tribunal que la orden dada por la Inspección 8ª Municipal a Posada Delgado para que demoliera las ruinas existentes "se dictó el 28 de junio de 1936 y le fue notificada el 1º de julio siguiente; apeló de tal orden ante la Alcaldía, y esta entidad la confirmó el 8 de julio. Ahora bien: como hay expresa constancia de que la demolición se realizó desde el 12 de junio, según documentos oficiales de la Alcaldía, saca el Tribunal la conclusión de que toda esa tramitación ante la Inspección 8ª fue posterior al acto demoledor, adelantada con el exclusivo fin de justificar éste a posteriori y pretender demostrar que se cumplieron los requisitos procedimentales del código de policía; por lo cual no alcanzan a defender al Municipio de la culpa perpetrada y del error de conducta en que incurrió al demoler sin previo conocimiento del estado verdadero de las edificaciones y sin prevenir al propietario.

Recurso de casación

Contra la sentencia condenatoria del Tribunal se alza en casación el Municipio demandado, y alega el motivo consagrado en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. Sustenta el recurso el Procurador Delegado en lo Civil, y resume de esta manera los cargos que formula al fallo acusado:

I. Violación de ley sustantiva (artículo 2,341 del C. C.), por indebida aplicación al caso de autos.

a) Una de las bases esenciales de la responsabilidad extracontractual, al tenor del artículo 2,341 del C. C., es la relación de causalidad entre el hecho respectivo y el daño causado. Dando por cierto que el hecho de la demolición, sin que se cumplieran los requisitos de orden procesal que alega el demandante, se pregunta: ¿está demostrado que fue la omisión de tales requisitos lo que causó la demolición y el pretendido daño en el patrimonio de las sucesiones actoras? En manera alguna; examínese el proceso y se llegará al convencimiento de que las edificaciones demolidas amenazaban ruina y contrariaban todos los preceptos de la higiene y la salubridad públicas, sin que fuera posible su reparación, debido a las pésimas condiciones en que se hallaban. Y como para esos casos las disposiciones de policía autorizaban y ordenaban la demolición, hay que concluir que, aun habiéndose observado los requisitos de procedimiento policivo, se habría llegado al mismo fin de la demolición. Luego es de lógica aceptar que la inobservancia de tales requisitos no fue la causa de la demolición, ni del pretendido daño patrimonial.

b) La demolición ordenada no fue injusta, pues estaba autorizada por preceptos de policía e higiene; pudo haber defecto de procedimiento, pero esto sólo no es bastante para demostrar injusticia, ya que el hecho, de todas maneras, se habría producido. Y como del artículo 2,341 del C. C. es necesario excluir los actos lícitos, se aplicó indebidamente dicha disposición en la sentencia, cuando se sancionó con él un acto lícito de la autoridad pública. Si sólo se considera defectuoso el procedimiento, no hay relación de causalidad entre ese proceder defectuoso y la demolición, en que se hace consistir el daño.

II. Violación de ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas.

Hace consistir esta segunda causal en que la sentencia apreció como pruebas las copias de documentos públicos que obran en el proceso, sin que tales elementos se hayan producido en la forma prescrita en el artículo 636 del C. J. Tales copias fueron expedidas por el Secretario del Juzgado 5º de este Circuito y por el Secretario de Obras Públicas Municipales, y consisten en la diligencia de inspección ocular practicada por aquel Juzgado en la finca demolida y en los antecedentes sobre orden de demolición dada por la mencionada Secretaría Municipal.

Alega el recurrente que esas copias fueron presentadas en el plenario, y tratándose de documentos públicos han debido venir al proceso como lo ordena el artículo 636 del C. J.; pero no lo fueron así, sino que se presentaron ya extendidas y otorgadas, por la parte actora.

No se diga que es cuestión de puro procedimiento, porque el modo de producirse la prueba es elemento que tiene relación directa con su apreciabilidad en el fallo, dado que los elementos de prueba no producirán sus efectos sustantivos sino en cuanto hayan sido producidos procesalmente, de conformidad con la ley. De donde se desprende que hay error de derecho en la estimación de una prueba, si se la hace producir plenos efectos cuando no ha sido llevada como lo dispone la ley.

No se alegue—continúa el recurrente—que habiendo quedado en firme la providencia que ordenó tenerla como prueba, debe ésta producir sus efectos en el fallo, porque tal resolución legal, de naturaleza adjetiva, en manera alguna puede cambiar el mérito legal de los elementos de prueba, en orden a los distintos factores de su apreciabilidad. Es en el fallo de fondo donde se le asigna su valor a cada uno de los medios probatorios llevados a los autos, teniendo en cuenta no sólo el elemento en sí mismo considerado, sino la manera como se produjo en el proceso.

Estudio de los cargos

La Ley 30 de 1886 creó la Junta Central de Higiene y autorizó el funcionamiento de juntas departamentales. Esta Junta vino a quedar sustituída por el Departamento Nacional de Higiene y Asistencia Pública, creado por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1931 y reglamentado por el Decreto número 1828 del mismo año, entidad administrativa a la que se señalaron las funciones de dirigir, vigilar y reglamentar la higiene y salubridad pública y privada en todos sus ramos, y cuyas disposiciones venían a ser, por mandato legal, actos oficiales obligatorios, que todas las autoridades debían cumplir y hacer cumplir. De ahí que los artículos 20 de la Ley 1ª de 1931 y 21 de la Ley 99 de 1922 ordenaron que los funcionarios del orden administrativo y de policía dieran inmediato cumplimiento a las disposiciones sobre higiene, mientras no fueran derogadas por la autoridad sanitaria superior o por la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 56 del Acuerdo número 40 de 1918, dictado por la extinguida Junta Central de Higiene y que tenía carácter legal obligatorio, dispone que cuando un inmueble cualquiera sea peligroso para la salud de los habitantes o de los vecinos, el Alcalde, después de obtener por escrito la opinión del ingeniero municipal y de la autoridad sanitaria, ordenará los trabajos de demolición que sean necesarios para sanearlo y prohibirá habitarlo, en todo o en parte. Si no hubiere ingeniero municipal ni autoridad sanitaria, el Alcalde procederá, previa opinión de peritos competentes nombrados en forma legal. Es obligación de todo ciudadano denunciar los edificios que contengan focos de infección, para dar lugar a esta acción de las autoridades.

El artículo 3º de la Resolución número 18 de 1928 dispuso que en todo municipio habrá un inspector local de sanidad que tendrá, de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 112 de 1929, las mismas facultades que confieren las Leyes, Ordenanzas y Acuerdos a los inspectores municipales.

El artículo 5º de la Resolución número 270 de 1935, del Departamento Nacional

de Higiene, autoriza a los funcionarios de sanidad y de policía, los que tienen las mismas facultades según el artículo 9º antes mencionado, para ordenar la demolición de las obras que se hayan iniciado y que se adelanten en forma que no consulte las necesidades de salubridad pública, y para imponer multas sucesivas, que se harán efectivas por trámites administrativos, a quienes de esta manera atenten contra la salud pública.

II

Ya estudiadas las normas pertinentes sobre higiene y salubridad de las habitaciones urbanas, procede ahora examinar la conducta del municipio respecto de la inculpación de responsabilidad civil que le hace la parte actora.

Conforme a los elementos probatorios agregados al proceso, a los cuales se les debe otorgar pleno mérito, aparecen demostrados los siguientes hechos:

1º Por oficio número 83, de 27 de marzo de 1935, el ingeniero sanitario del municipio se dirigió al Inspector Isidro Bernal, exigiéndole que citara a los inquilinos de las piezas situadas en la carrera séptima con la calle 29. El inspector comisionado rindió su informe acerca de la visita que practicó a los locales marcados con los números 6-98, 6-94, 6-90, 6-86 y 6-88 de la calle 29, y 29-02 de la carrera 7ª. Dio cuenta del estado ruinoso en que se encontraban y de su absoluta falta de higiene; y de la notificación que hizo a los inquilinos para que concurrieran a suscribir la diligencia respectiva (fls. 4 y 5, cuad. 2º).

2º Como resultado del informe anterior, los ocupantes de los citados locales fueron requeridos por la Inspección de Policía Sanitaria para desocuparlos en el término de treinta días, según diligencias que aparecen con la siguiente nota: "cumplido y sellado". La última de estas constancias tiene fecha 6 de mayo de 1935 (fls. 5 y 6, cuad. 2º).

3º El 2 de marzo de 1936 el Inspector Bernal da cuenta al Médico Jefe de la Inspección de Policía Sanitaria, de que habiendo sellado los mencionados locales con posterioridad a la desocupación de los inquilinos, los transeuntes habían roto los sellos y que debido al completo abandono en que el propietario había dejado la finca, varias puertas habían desaparecido, convirtiéndose los cuartos en focos de infección y de peligro para la salubridad de los vecinos (fls. 7, cuad. 2º).

4º Con base en el anterior informe, la Inspección de Policía Sanitaria se dirigió a la Secretaría de Obras Públicas Municipales, el 3 de abril de 1936, en los siguientes términos: "Atentamente comunico a usted que en la carrera 7ª con la calle 29, frente al Panóptico, existe una serie de piezas ciegas que fueron selladas por orden de este Despacho a mediados del año pasado de 1935, por carecer de servicio sanitario. Pero sucede que dichos sellos han sido rotos por gentes que han convertido aquellas piezas en un foco de infección, con peligro para la salud de los vecinos de este sector. En virtud del Acuerdo número 1º de 1936, en su artículo 6º, me permito solicitar de usted la pronta demolición de las covachas en referencia" (fls. 7 del cuad. 2º y 8 del cuad. 3º).

5º El 16 de abril de 1936 se dispuso pasar el oficio anterior al doctor Ancízar, Jefe del Departamento de Arquitectura, para que practicara "una visita ocular en las piezas en referencia y rendir informe sobre su estabilidad, a fin de que si ellas amenazan ruina ordenar su demolición" (fl. 8 v. cuad. 3º).

6º El 12 de junio siguiente se lee la siguiente constancia: "Las piezas a que se refiere el presente memorial fueron demolidas. Vuelva a la Secretaría de Obras Públicas Municipales. Roberto Ancízar, Jefe del Departamento de Arquitectura". Y el 15 del propio mes de junio se comunicó oficialmente al Inspector Sanitario que las piezas mencionadas ya habían sido demolidas. (Fl. 8 v. cuad. 3º).

En la sentencia acusada en casación, a pesar del estudio y estimación que se hace de las anteriores piezas probatorias, se

deduce al Municipio responsabilidad civil por culpa, por la circunstancia de que esta entidad procedió a la demolición pretermitiendo las formalidades previas que, para poder realizarla, señala y determina el artículo 152 del Código de Policía de Cundinamarca.

Sea lo primero recalcar que tal precepto policivo tiene exclusiva aplicación en los litigios de esa naturaleza que se susciten entre particulares, cuando quiera que una edificación urbana constituya grave peligro para sus aledaños, por su estado ruinoso o por defectos de construcción. Pero tales formalidades, de índole rígidamente policiva, no pueden ser aplicables para regular las actividades de una entidad de derecho público a quien está encomendada la salvaguardia de la salud colectiva. Porque es indudable que las actividades que ejercitan las autoridades en materia de policía sanitaria hay que aceptarlas, por su propia naturaleza, como dotadas de urgencia o impuestas por la necesidad de su inmediata eficacia, lo que resulta incompatible con las trabas fijadas a los procedimientos policivos entre particulares.

Pero aun aceptándose que se pretermitió un procedimiento policivo, la supuesta irregularidad perpetrada por las autoridades, constitutiva de la culpa municipal al hacer la demolición, no sería en ningún caso la pretermisión de tales trámites, cosa adjetiva en casos de salubridad pública y asistencia social, sino el hecho plenamente demostrado de que hubieran procedido en un caso en que la demolición no estuviera legalmente justificada al tenor de los preceptos sanitarios; en otras palabras, la culpa que pudiera comprometer la responsabilidad civil del Municipio por un acto de demolición, no puede hacerse consistir sustantivamente en las fórmulas procesales adoptadas, sino en la ausencia evidente de una causa justificativa, desde el punto de vista de la salubridad pública. Y viene evidenciado en autos que las edificaciones demolidas estaban en estado ruinoso; que fueron desocupadas y selladas por esa circunstancia; que los sellos fueron violados para convertirlas en letrinas públicas; y que el propietario no adoptó medida alguna que tendiera a su reconstrucción o a ponerlas en estado sanitario de servicio o al menos a evitar esa destinación.

III

El ejercicio de las funciones de policía sanitaria que compete a las autoridades municipales en guarda de la salud general no puede comprometer la responsabilidad civil de las entidades estatales, en cuanto se cumplan dentro de la órbita normal de las atribuciones legales; con mayor razón cuando el detrimento que en defensa de la salud pública se ha irrogado al patrimonio privado ha sido consecuencia necesaria de un hecho u omisión del dueño, colocado en rebeldía con disposiciones sanitarias. La autoridad, de cualquier categoría que sea, tiene la responsabilidad y la obligación de velar por la salud de los asociados y los ciudadanos el deber de no atentar en ninguna forma contra el bienestar y la salud colectiva, sometiéndose incondicionalmente a los reglamentos sanitarios. El particular que viole una regla de sanidad pública y por este motivo dé ocasión al ejercicio de una actividad oficial defensiva que le cauce detrimento patrimonial, no tiene derecho a demandar ninguna indemnización contra el Estado, porque él mismo fue la causa determinante del hecho perjudicial. La acción de las autoridades, en tales casos, no puede ser fuente de responsabilidad civil, sino en cuanto se evidencia plenamente que tal actividad estatal fue abusiva y ocasionó la lesión patrimonial, sin razón o fundamento alguno que la justifique. De ahí que en tales casos es de rigor soportar la verdad judicial de tal abuso, que viene entonces a ser la fuente originaria de la responsabilidad. Pero ya viene dicho que en este pleito el estado de las edificaciones demolidas era de tal naturaleza, desde el punto de vista de la higiene pública, que justificaba el acto de la demolición sin ajustarse a los trá-

mites policivos, reclamados por el recurrente, que son impertinentes en estos casos.

La teoría de la responsabilidad administrativa señala dos especies: la directa o sin falta y la indirecta o culposa. El Estado, por motivos de interés público, se ve muchas veces en la necesidad de sacrificar el interés privado al general de la colectividad. Esta responsabilidad directa es limitada y debe estar condicionada por las circunstancias y las razones que la determinan, para que no convierta el progreso colectivo en fuente de indebidos proventos. Cada caso planteará una cuestión de hecho, que deberá ser analizada y calificada.

Fuera de lo ya expuesto, conviene advertir que para la acertada apreciación del caso establecido en autos es indispensable recordar el concepto moderno de que la noción de servicio público, según el sentir de Duguit, es la fuente y razón de ser y a la vez el límite del poder público. Tampoco es posible, para apreciar la conducta del demandante y del Municipio demandado, dejar de tener en consideración la reforma constitucional de 1936, que consagró nuevas normas obligatorias y sustantivas de hermenéutica jurídica en lo relativo al ejercicio y extensión del derecho de dominio, al estatuir como lo hizo en el artículo 26 del nuevo Ordenamiento Constitucional, que la propiedad es una función social que implica obligaciones y que el interés particular debe ceder dentro de las mismas garantías constitucionales al interés general o público, en el funcionamiento y en la mecánica del Estado. Lo que equivale a decir que el actor propietario, al hacer o dejar hacer de su fundo una amenaza para la salubridad de los asociados, incurrió en grave culpa y omitió el cumplimiento de sus deberes y obligaciones sociales, porque la propiedad es una función social que las impone y que viene a hacer al conglomerado copartícipe en su normal ejercicio.

IV

Basta lo dicho para concluir que debe prosperar la primera de las tachas aducídas en casación contra la sentencia, que se hace consistir en indebida aplicación de ley sustantiva al caso del pleito. Es indudable que el Tribunal se equivocó cuando le dio aplicación al artículo 2341 del C. C., regulador de la responsabilidad civil extracontractual. Por esa circunstancia, el fallo que es materia del recurso debe quebrarse y asumir la Corte el papel de Tribunal de Instancia, a efecto de fallar la litis, lo que se hace mediante las consideraciones que acaban de exponerse.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el día 11 de marzo de 1939, y en su lugar confirma la sentencia absolutoria dictada en primer grado por el Juez 4º del Circuito de Bogotá el 13 de agosto de 1937, pero con fundamento en las razones distintas expuestas en esta providencia.

Sin costas.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO

Cuando existen serias dudas sobre el valor efectivo de la acción incoada, antes de conceder el recurso de casación debe darse cumplimiento al artículo 524 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, febrero doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

En el juicio ordinario seguido por Saúl Amaya contra Gustavo Rosania, el Tribunal Superior de Barranquilla profirió sentencia definitiva de segundo grado el día 30 de agosto de 1939. Contra esa providencia interpuso oportunamente recurso de casación el doctor Gustavo Adolfo Solano, en su condición de cesionario de la parte actora y tal recurso le fue negado por la Sala de Decisión del mencionado Tribunal, fundado en que, a su juicio, la acción instaurada no alcanzaba a la cuantía fijada para esta clase de medios procesales por el artículo 519 del C. J.

Solicitada la reposición de dicha providencia, le fue negada, pero se le concedió el recurso de hecho que, en subsidio, también se intentó en su oportunidad contra el auto que negaba la casación. Es por lo tanto tal recurso de hecho el que corresponde decidir a la Corte, por haberse interpuesto con las formalidades legales, mediante las consideraciones que pasan a exponerse.

Como antecedentes del punto controvertido se tienen los siguientes: a) El actor, en su libelo de demanda, señala en el punto tercero que, "estimo la cuantía de esta demanda en suma mayor de dos mil quinientos pesos ($ 2,500.00)"; b) En el plenario de la primera instancia se hizo un avalúo pericial de la finca que es materia de la rescisión por lesión enorme y los peritos le asignaron un avalúo de un mil seiscientos pesos. Tal experticio al fin fue consentido por la parte actora y recurrente de hecho.

Funda el Tribunal su negativa en esos dos elementos probatorios y concluye que, si el mismo actor le señaló a su demanda una cuantía inferior a tres mil pesos y el avalúo de la finca, realizado teniendo en cuenta su valor a la fecha del contrato de compraventa, también es por valor inferior al señalado para el otorgamiento del recurso de casación, no juzga oportuno la práctica de un nuevo avalúo, por cuanto en el expediente existe ya practicada esa diligencia y "sería inútil repetir nuevo avalúo, que habría que referirlo al tiempo del contrato".

El recurrente alega que nunca aceptó en principio el avalúo practicado en el juicio y que si desistió del incidente de tacha fue porque se dio cuenta de que él era suficiente para evidenciar judicialmente la lesión padecida en la venta y no quería prolongar más la secuela del proceso. Pero exige que se cumpla el artículo 524 del C. J. y se proceda a hacer un experticio especial para fijar la cuantía especial y la procedencia del recurso de casación.

La Corte considera:

Cuando la parte actora estimó la cuantía de la acción en suma mayor de dos mil quinientos pesos, quiso fijar una tasa mínima sin atreverse a señalar la máxima, posiblemente porque ignoraba el verdadero precio en que podía ser apreciada la finca, no sólo a la fecha del contrato cuya rescisión se suplicaba sino al tiempo en que fuera desatada la litis definitivamen-

te. De manera que dejaba la puerta abierta para que dicha cuantía pudiera ser estimada, en la forma determinada por la ley, cuando quiera que fuera indispensable conocer con precisión esa circunstancia, para los efectos de la concesión de un recurso judicial. Al decir que la justipreciaba en valor mayor del indicado, bien podía tal justiprecio exceder de la cantidad de tres mil pesos, señalado por el artículo 519 del C. J. como mínimo para la aceptación de este recurso especial y extraordinario.

Por otra parte, el avalúo practicado en la primera instancia del juicio, estaba exclusivamente destinado a producir un determinado efecto probatorio, en lo relativo a la apreciación de la procedencia y fundamento de la acción rescisoria instaurada; pero tal experticio no debía conducir a la Sala de Decisión a negar al actor el cumplimiento de una formalidad legal otorgada por la ley procesal para estos casos, porque lo que se requiere para la concesión del recurso de casación es que la acción, a la fecha de la interposición del recurso, tenga un valor mínimo de tres mil pesos; y es muy posible que la deducida en este proceso hubiera alcanzado este valor mínimo, a la fecha en que debía concederse, ya fuera por un alza de los valores raíces o por el conjunto de prestaciones que pudiera acarrear a favor del actor el decreto judicial de rescisión. Cosa distinta a la avaluación del valor comercial o venal de la finca, a la fecha de la celebración del contrato de compraventa, como elemento probatorio operante para estudiar el fundamento de la lesión alegada.

Se deduce de lo expuesto que en el caso de autos era de rigor darle estricta aplicación al artículo 524 del C. J., ya que tanto de la propia manifestación hecha por el actor en el libelo de demanda, como de las demás circunstancias del proceso, se desprende que existen serias dudas sobre el valor efectivo de la acción intentada.

En mérito de estas consideraciones 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, concede el recurso de hecho interpuesto contra el auto de fecha diez y ocho (sic) de octubre del pasado año, o de fecha diez y nueve del mismo mes y año, como lo sostiene el recurrente, y previa revocatoria de dicha providencia, ordena a la Sala falladora del Tribunal Superior de Barranquilla que proceda a dar estricto cumplimiento al artículo 524 del C. J. Una vez surtida tal formalidad, procederá a estudiar y decidir sobre la procedencia del recurso de casación oportunamente intentado.

Notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial, cópiese y comuníquese al Tribunal fallador, para su cumplimiento.

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS.—LA ACCION DE SIMULACION ES SUSTANCIALMENTE DISTINTA DE LA DE NULIDAD.—ACCION DE NULIDAD.—ACCION PAULIANA Y ACCION DE SIMULACION

1.—La acción de nulidad absoluta, fundada en un concepto de orden público, va encaminada a destruir el acto jurídico, por ilicitud de la causa o del objeto o por la omisión de ciertos requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos. El Ministerio Público puede pedir esa declaración en interés de la moral y de la ley y en este caso es necesario que la nulidad esté manifiesta en el contrato y que las partes disputen sobre las prestaciones emanadas del pacto. Los contratos afectados de nulidad absoluta son, por lo general, serios, y las partes tienen en ellos voluntad e intención de obligarse. Existe la causa y el objeto pero uno de estos elementos puede ser ilícito, o no siéndolo puede faltarle al contrato alguna formalidad esencial para su validez en consideración a su naturaleza, o tratarse de incapacidad absoluta. — 2. El ejercicio de la acción pauliana, no es en realidad el ejercicio de una acción de nulidad, aunque el Código Civil así la califique. Técnicamente es una acción de inoponibilidad del contrato serio contra el derecho de terceros que con esa acción se defienden de un perjuicio. La acción pauliana, como lo expresó esta Corte en sentencia de 26 de agosto de 1938 *(Gaceta Judicial)*, Tomo XLVII, página 53 del Nº 1940) no es únicamente la consagrada en el artículo 2491 del C. C., sino que está establecida en otros textos legales, como en los artículos 1401, 1451, 1295, 1636, 882 del C. C. y 162 y 163 del de Comercio, sin que esta enumeración sea taxativa. En el ejercicio de esta acción deben distinguirse dos clases de contratos, a título oneroso y a título gratuito, distinción consagrada en el art. 2,491 del C. C. Tratándose de los primeros dicha acción está condicionada por dos circunstancias esenciales, el *eventus damni*, o sea que el acto ejecutado haya causado o cause un perjuicio a los acreedores, y el *consilium fraudis*, que es el entendimiento del deudor y el tercero, con el fin de defraudar a los acreedores. No interesa que ese entendimiento haya sido para celebrar un contrato serio o un pacto simulado, basta el *consilium fraudis* y por eso puede pedirse la invalidación ya de los contratos serios, ya de los simulados. En tratándose de los actos a título gratuito, basta la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. En este caso el *consilium fraudis*, acto bilateral, se reemplaza por un acto unilateral del deudor, que constituye el *animus nocendi*, por parte de éste, lo cual tiene un fundamento jurídico muy sólido, a saber: ante la obligación del deudor de pagar a sus acreedores, no le es permitido hacer actos de liberalidad que vengan a disminuir su patrimonio y a perjudicar a aquéllos. — 3. La acción de simulación no es la acción de nulidad, como se sostuvo por mucho tiempo y rectificó la Corte desde 1935. La simulación consis-

te en celebrar abiertamente un acto o contrato y en convenir al mismo tiempo y entre las mismas partes mediante contraestipulación privada, de éstas, que ha de permanecer oculta, en alterar, en todo o en parte lo pactado en el acto público. Negocio simulado es el que tiene aspecto diferente de la realidad, o por que 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 segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o la naturaleza del público, y en el lenguaje técnico se llama contraestipulación, la que puede ser verbal o escrita. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. De suyo el acto simulado no es nulo; una persona capaz, movida por justa causa, puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. En el ejercicio de la acción pauliana el tercero invoca y busca la inoponibilidad que contra él tiene el acto de su deudor. En el de la acción de simulación el actor busca, en lo general, la prevalencia del acto oculto o verdadero sobre el ostensible. Mas no toda persona puede ejercitar la acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, sino que necesita que tenga interés jurídico, o sea un interés protegido por la ley, que es desconocido o lesionado, por el acto nulo, por el acto ejercitado merced a una colusión o determinado por el *animus nocendi*, como en muchos casos de la acción pauliana, o por el acto simulado. La sola calidad de acreedor no da personería a éste para entablar alguna de las acciones anteriores. Se necesita el interés jurídico. Quien se presenta ejercitando una acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocando su carácter de acreedor, por una obligación de dar, hacer o no hacer o pagar, debe demostrar, primero la existencia plena de ese carácter, aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo establecer, también plenamente, que el acto acusado le perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes. — 5. La causal 2ª no puede prosperar cuando la sentencia es sencillamente absolutoria, como tántas veces lo ha dicho la Corte en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil. — Bogotá, febrero quince de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Sinforoso G. Quiroga, en su carácter de curador ad-litem de la menor púber Rosa Adela Avilés de Sánchez, demandó a los señores Manuel Avilés y Pablo Macario Rosas para que mediante la tramitación de un juicio ordinario, se declarara "que son nulos de nulidad absoluta, por falta de causa real y lícita, los contratos de compraventa de fincas raíces contenidos en las escrituras públicas 484, otorgada en la Notaría primera de este Circuito (el de Neiva), el 10 de octubre de 1933, la primera; y 54, otorgada en la Notaría segunda de este Circuito (también el de Neiva) el 16 de febrero de 1934, la segunda".

Los hechos fundamentales de la demanda, consisten en síntesis, en que, según la parte actora, el vendedor no tuvo el ánimo de trasferir el dominio de los bienes materia de esas compraventas, en que el comprador no tuvo en el momento de la celebración de esos contratos, ni ha tenido después, bienes de ninguna clase

de donde haya podido adquirir dinero suficiente para satisfacer esos pagos y en que el vendedor siguió en posesión de las fincas después de la venta.

El interés jurídico de la parte actora es el siguiente, según ella misma lo expresa: "Don Manuel Avilés, padre de mi poderdante en su matrimonio con la señora Rafaela Rivas, dispuso de los semovientes de propiedad de esta señora, resultando deudor a la sucesión de esta señora del respectivo crédito, del cual se tomó nota en la diligencia de inventario y avalúos".

Del certificado que corre al folio 2 del cuaderno principal, única prueba que al respecto existe en los autos, aparece que en el Juzgado del Circuito de Neiva cursa el juicio de sucesión de Rafaela Rivas de Avilés, que en dicho juicio figura como única heredera la señora Rosa Adela Avilés de Sánchez y que en la partida cuarta de la diligencia de inventario y avalúo de los bienes figura un crédito contra el cónyuge sobreviviente Manuel Avilés, por la suma de novecientos pesos, procedente del valor de treinta cabezas de ganado vacuno de propiedad de la causante y de que dispuso Avilés.

Parece deducirse, por lo tanto, que la demandante, estimando que es dueña de ese crédito, cree tener acción de simulación contra su padre Manuel Avilés y contra Pablo Macario Rosas, por razón de los contratos de que dan cuenta las ya citadas escrituras.

El Juez 1º del Circuito de Neiva en sentencia de 23 de marzo de 1938, confundiendo la simulación con la nulidad absoluta, accedió a los pedimentos de la demanda.

El Tribunal Superior de Neiva en sentencia de 20 de marzo del año próximo pasado revocó la del inferior y absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, por encontrar probada la excepción perentoria de ilegalidad de la personería sustantiva de la demandante.

El representante de ésta interpuso recurso de casación, el cual pasa hoy a decidirse.

Se funda la sentencia en que la parte actora carece de interés jurídico para entablar la presente acción, pues su simple calidad de acreedora no le da tal derecho. Se expresa así el Tribunal fallador: "En concepto de este Tribunal, no es suficiente que se establezca el hecho de que el demandante sea acreedor del demandado para que, fundado lisa y llanamente en él, demande eficazmente la nulidad de un contrato de compraventa que éste haya celebrado con un tercero, simuladamente. El acreedor demandante debe probar, además, que ese contrato de compraventa se celebró en perjuicio suyo, con el propósito de perjudicarlo, y ello se advierte, ya porque el deudor demandado no tenga más bienes para atender al pago de la deuda de su acreedor, que los vendidos, ya porque se vea claramente que lo que se propuso aquél con la venta no fue otra cosa que poner el bien ó bienes vendidos a salvo de la persecución ejecutiva de su acreedor".

Además, observa el Tribunal, que el crédito por novecientos pesos contra Manuel Avilés y a favor de la sucesión apenas fue inventariado y que no hay constancia de que se le hubiera adjudicado a la heredera Rosa Adela Avilés de Sánchez.

Acusa el recurrente el fallo por la causal 1ª del artículo 520 del C. J. y señala como violados los artículos 15 de la Ley 95 de 1890, 2º de la Ley 50 de 1936, 1,742 del C. C., que observa la Corte fue subrogado por el 15 de la Ley 95 de 1890, y 1,812 del C. C., todos los cuales, dice el recurrente, conceden a la demandante la acción de nulidad por simulación, y además señala como violados por aplicación indebida los artículos 2490 y 2491 del C. Civil.

Acusa además la sentencia por error de hecho y violación consiguiente de la ley sustantiva, artículo 632 del C. J., por cuanto el Tribunal no le dio el valor legal al certificado del Juez de Neiva de que se ha hecho mérito y finalmente la acusó por la causal 2ª por no estar la sentencia

en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

A este último respecto dice así el recurrente: "Invocamos nosotros el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, vigente entonces (hoy rige el 2º de la Ley 50 de 1936); e invocamos el 1,742 y sus afines del Código Civil. El sentenciador, en vez de estudiarlos, de tomar su derrotero jurídico, se pasó al artículo 2,491 del Código Civil".

Los cargos hechos en casación debe estudiarlos la Corte de una manera conjunta, puesto que están fundados en un mismo concepto, a saber, que se trata en el presente caso de una acción de nulidad absoluta. Este estudio es también el indicado por cuanto es preciso aclarar algunos conceptos del Tribunal fallador.

Es necesario distinguir entre estas tres clases de acciones: la nulidad absoluta, la pauliana y la de simulación.

La acción de nulidad absoluta fundada en un concepto de orden público, va encaminada a destruir el acto jurídico, por ilicitud de la causa o en el objeto o por la omisión de ciertos requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos. El Ministerio Público puede pedir esa declaratoria en interés de la moral y de la ley y en este caso es necesario que la nulidad esté manifiesta en el contrato y que las partes disputen sobre las prestaciones emanadas del pacto. Los contratos afectados de nulidad absoluta, son por lo general serios, y las partes tienen en ellos voluntad e intención de obligarse. Existe la causa y el objeto pero uno de estos elementos puede ser ilícito, o no siéndolo puede faltarle al contrato alguna formalidad esencial para su validez en consideración a su naturaleza, o tratarse de incapacidad absoluta.

El ejercicio de la acción pauliana, no es en realidad el ejercicio de una acción de nulidad, aunque el Código Civil así la califique. Técnicamente es una acción de inoponibilidad del contrato serio contra el derecho de terceros que con esa acción se defienden de un perjuicio. La acción pauliana, como lo expresó esta Corte en sentencia de 26 de agosto de 1938 (Gaceta Judicial, Tomo XLVII, página 63 del número 1,940), no es únicamente la consagrada en el artículo 2,491 del C. C. sino que está establecida en otros textos legales, como en los artículos 1,441, 1,451, 1,295, 1,636, 882 del C. C., y 162 y 163 del C. de Comercio, sin que esta enumeración sea taxativa. En el ejercicio de esta acción deben distinguirse dos clases de contratos, a título oneroso y a título gratuito, distinción consagrada en el artículo 2,491 del C. C. Tratándose de los primeros dicha acción está condicionada por dos circunstancias esenciales, el **eventus damni**, o sea que el acto ejecutado haya causado o cause un perjuicio a los acreedores, y el **consilium fraudis**, que es el entendimiento del deudor y el tercero, con el fin de defraudar a los acreedores. No interesa que ese entendimiento haya sido para celebrar un contrato serio o un pacto simulado, basta el **consilium fraudis** y por eso, en la acción que se viene estudiando puede pedirse la invalidación ya de los contratos serios, ya de los simulados. En tratándose de los actos a título gratuito, basta la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. En este caso el **consilium fraudis**, acto bilateral, se reemplaza por un acto unilateral del deudor, que constituye el **animus nocendi**, por parte de éste, lo cual tiene un fundamento jurídico muy sólido, a saber: ante la obligación del deudor de pagar a sus acreedores, no le es permitido hacer actos de liberalidad que vengan a disminuir su patrimonio y a perjudicar a aquéllos.

La acción de simulación, no es la acción de nulidad como se sostuvo por mucho tiempo y rectificó la Corte desde 1935. La simulación consiste en celebrar abiertamente un acto o contrato, y en convenir al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraestipulación privada de éstas, que ha de permanecer oculta, en alterar, en todo en parte lo pactado en el acto público. Negocio simulado es el que tiene aspecto diferente de la realidad, o porque no existe en absolu-

to 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 segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o la naturaleza del público, y en el lenguaje técnico se llama contraestipulación, la que puede ser verbal o escrita. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. De suyo el acto simulado no es nulo; una persona capaz, movida por justa causa puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. En el ejercicio de la acción pauliana el tercero invoca y busca la inoponibilidad que contra él tiene el acto de su deudor. En el ejercicio de la acción de simulación el actor busca, en lo general, la prevalencia del acto oculto o verdadero sobre el ostensible.

Mas no toda persona puede ejercitar la acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, sino que necesita que tenga interés jurídico, o sea un interés protegido por la ley, que es desconocido o lesionado, por el acto nulo, por el acto ejercitado merced a una colusión o determinado por el **animus nocendi**, como en muchos casos de la acción pauliana, o por el acto simulado.

La sola calidad de acreedor no da personería a éste para entablar alguna de las acciones anteriores. Se necesita, y se repite, el interés jurídico.

La Corte se reafirma en lo expresado en la sentencia de 26 de agosto de 1938, que cita el recurrente y por eso reproduce el siguiente concepto de dicho fallo: "No es cualquier acreedor el que tiene derecho a ejercitar la acción que se viene estudiando, que no está condicionada a un concepto eventual, sino que para que prospere, el interés jurídico debe ser actual, o sea que se debe tratar de un interés protegido por la ley, que es burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero. Y al hablar de intereses protegidos por la ley, deben entenderse no solamente aquellos concretados en derechos exigibles, como sería una deuda de plazo vencido, sino también aquellos constituídos por derechos claros y concretos aun cuando no sean actualmente exigibles, como sería una deuda cuyo plazo no se hubiera vencido".

No está por demás advertir que la ley protege y ampara a los terceros de buena fe, porque de otro modo el comercio y las relaciones contractuales serían imposibles; de ahí disposiciones como las de los artículos 947, 1,547, 1,548 y 1,643 del C. Civil.

Quien se presenta pues ejercitando una acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocando su carácter de acreedor, por una obligación de dar, hacer o pagar o no hacer, debe demostrar, primero la existencia plena de ese carácter, aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo establecer, también plenamente, que el acto acusado lo perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes.

Aplicando todo lo anterior al caso de autos y enfocándolo ante el recurso de casación se tiene lo que sigue:

No está comprobada la calidad de acreedora de Rosa Adela Avilés de Sánchez, respecto de Manuel Avilés, así como tampoco está demostrado que con las ventas hechas por éste a Pablo Macario Rosas se hubiera puesto en incapacidad de pagar el crédito a favor de la expresada Rosa Adela, aun en el caso de que aquél estuviera comprobado. En efecto: la única prueba al respecto consiste en un certificado que corre al folio 2º del cuaderno 1º, del que aparece que en la sucesión de Rafaela Rivas de Avilés se inventarió un crédito contra Manuel Avilés por la suma de novecientos pesos. Como lo observa el Tribunal, se trata de una certificación escueta en que el juzgador no sabe qué otros bienes se inventariaron y si caso de que esto hubiera sucedido se

hubieran inventariado otros bienes de la sociedad conyugal suficientes para el pago de ese crédito. Por otra parte, no hay constancia de que ese crédito se le hubiera adjudicado a Rosa Adela Avilés de Sánchez, ni tampoco si se formó o no hijuela para el pago de las deudas ni tampoco si en definitiva fue aceptado por Manuel Avilés. Suponiendo tal aceptación, lo único que existiría sería un crédito a favor de la sucesión, y el presente pleito, por cualquier aspecto que se le considere, no puede entenderse como encaminado a hacer efectivo ese crédito para dicha sucesión, pues la actora obra en nombre propio.

Sea del caso observar que en la apreciación de ese certificado el Tribunal no violó el artículo 632 del C. J., puesto que no le negó valor de plena prueba sino que estimó que de él no resultaba establecida la existencia del crédito de los novecientos pesos, estimación que está debidamente fundamentada, por lo ya dicho.

No estando establecido el factor esencial y primero, de que se ha hablado, es decir la calidad de acreedora de la señora Rosa Avilés de Sánchez respecto de Manuel Avilés, su acción no puede prosperar, por falta de interés jurídico, de personería sustantiva, sea que se considere aquella a la luz de la nulidad, de la acción pauliana o de la simulación, y obsérvese que es el carácter de acreedora invocado por la demandante, la base fundamental de la demanda.

El recurrente estima violados por la sentencia los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, por cuanto en su demanda insiste en que se trata de una nulidad. Por una parte, está ya visto que la simulación no induce nulidad y por la otra de los contratos acusados no resulta ésta. La parte actora denominó de nulidad la acción de simulación, confusión todavía frecuente, no obstante los múltiples fallos de la Corte sobre el particular. Luego, aun prescindiendo de los términos de la demanda y considerando la acción como de nulidad, ella no prosperaría por lo expuesto arriba. En el concepto en que el recurrente acusa la sentencia, las normas que acaban de citarse no fueron violadas. Tampoco lo fue el artículo 1,812 del C. Civil, que no tiene incidencia en este pleito, pues no se trata de ninguna acción derivada de ese texto legal.

El Tribunal estudió el caso de este pleito, como de simulación, lo cual es exacto, y como cuestión previa estudió el interés jurídico de la demandante y halló que no estaba establecido. Este concepto del Tribunal es jurídico y al llegar a esa conclusión no infringió, por aplicación indebida, los artículos 2490 y 2491 del C. Civil. Lo que en el fondo de las cosas existe es lo siguiente: que tanto en el ejercicio de la acción pauliana como en el de la simulación, cuando el actor alega su calidad de acreedor, debe demostrarla y además establecer que por el acto acusado el enajenante lo perjudica. En otros términos, la cuestión de personería sustantiva, en ambas acciones, cuando se invoca el carácter de acreedor, es la misma.

En casación los cargos que pueden aceptarse son los pertinentes, esto es los que se refieren a los fundamentos legales de la sentencia acusada y a la acción incoada en el pleito. Por eso los artículos 169, 170, 172 y 297 del C. Civil, no tienen incidencia en el recurso, porque ni la sentencia se relaciona con ellos, ni en la demanda se ejercitó ninguna acción derivada de dichas normas; de ahí que sea imposible, en este caso, su violación por indebida aplicación de ellos.

No siendo nulos los pactos simulados, por el solo hecho de la simulación, el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y el que hoy rige, 2º de la Ley 50 de 1936, no tienen incidencia en el caso de autos; y aunque la tuvieran, no podrían haber sido violados esos textos, porque para la acción de nulidad se necesita también acreditar el interés jurídico, que la actora no acreditó. El Tribunal, se repite, estimó, interpretando debidamente la demanda, que se trataba de una acción de simulación, y estudió, como era de rigor, en pri-

mer término, la personería de la parte actora, la que no encontró demostrada. En esto su conclusión es legal por lo ya expresado.

El recurrente insiste en la parte final de su demanda, en que se trata de una acción de nulidad absoluta y citando un célebre dístico latino, dice que no se puede cambiar el título invocado por el demandante en su demanda.

Si pues la acción ejercitada es la de nulidad absoluta, ella no prosperaría desde ningún punto de vista, porque no se demostró que los contratos acusados, hubieran sido realizados por algún incapaz absoluto, o que versan sobre causa u objeto ilícito o que adolezcan de alguna de las formalidades que la ley establece para la validez de ciertos actos, en atención a su naturaleza, y en general que tengan alguna de las características que condicionan la nulidad absoluta, tan distinta de las figuras denominadas de simulación o de acción pauliana.

La causal segunda no puede prosperar porque la sentencia es sencillamente absolutoria, lo que basta a impedir el concepto de falta de consonancia de aquélla con la demanda, siendo así que, por otra parte, el Tribunal no dejó de estudiar y decidir ninguno de los puntos controvertidos ni entró a fallar sobre algo no puesto en discusión por los litigantes.

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

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA PENSION DE JUBILACION DE UN OBRERO FERROVIARIO.—CARACTER JURIDICO DE NUESTRA LEGISLACION SOCIAL.

1.—De acuerdo con el artículo 400 del Código Civil puede demostrarse la edad de una persona por medio de la prueba testifical. — 2.—El artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 está modificado por el 1º de la Ley 206 de 1938, en cuanto suprimió el anterior requisito de la edad del agraciado. Aun cuando esta última ley sea posterior a la iniciación de un pleito para la jubilación de un empleado ferroviario, debe aplicarse por tratarse de la consagración de un derecho de carácter social en nuestra legislación positiva, y tales derechos, como los de naturaleza penal, tienen siempre preferente aplicación —siendo favorables o permisivos— por ser de orden público y estar íntimamente vinculados a la organización social del país. — 3.—El artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 cobija a todo empleado u obrero *que haya servido* a una empresa ferroviaria, y no simplemente a los que *estén sirviendo* al cumplir los 55 años de vida y 20 de servicios continuos o discontinuos. Esta interpretación del texto legal está de acuerdo con el artículo 6º del Decreto Ejecutivo número 1471 de 1932, reglamentario de esa ley.—4.—Nuestra legislación social no es gremial sino de clase. Por tanto, no se necesita probar el ejercicio actual del empleo en una empresa ferroviaria para tener derecho a la jubilación, sino el haber servido en la empresa ferroviaria durante veinte años continuos o discontinuos. Si no se aceptara esta interpretación quedarían sin la debida protección y amparo todos los empleados u obreros que fueran retirados, maliciosamente o no, antes de cumplir la edad requerida por la ley, agotados por el trabajo.

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

En el antiguo Juzgado Segundo del Circuito de Santa Marta, el doctor Carlos Goenaga González, en su carácter de apoderado del señor José Rosario Rodríguez y en su propio nombre, como cesionario en parte de su poderdante, promovió, el día veintiséis de enero de mil novecientos treinta y siete, demanda contra The Santa Marta Railway Company Limited para que se la condene, previo el trámite de un juicio ordinario, a lo siguiente:

a) A pagar la cuota de jubilación de José Rosario Rodríguez, desde la fecha en que cumplió cincuenta y cinco años, o sea, el veinte de noviembre de mil novecientos treinta y tres, como trabajador retirado de la empresa ferroviaria demandada, a razón de setenta y dos pesos ($ 72,00) mensuales:

b) A pagar los intereses legales sobre dichas cuotas desde la fecha en que José Rosario Rodríguez cumplió cincuenta y cinco años, retirado de su trabajo, como maquinista de la empresa demandada, o sea, desde el veinte de noviembre de mil novecientos treinta y tres, hasta la fecha en que se haga el pago:

c) Que dicha cuota y sus intereses de-

berán pagarse así: el 35 por 100 de la correspondiente hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y seis, al doctor Carlos Goenaga González, y el resto a José Rosario Rodríguez; y el 50 por 100 de la correspondiente desde el primero de febrero de mil novecientos treinta y siete hasta el registro de la sentencia definitiva, o del arreglo si lo hubiere, a Carlos Goenaga González, y el resto o José Rosario Rodríguez.

La demanda se basó en los siguientes hechos:

1º José Rosario Rodríguez nació el veinte de noviembre de mil ochocientos setenta y ocho; tuvo, pues, cincuenta y cinco años el veinte de noviembre de mil novecientos treinta y tres;

2º José Rosario Rodríguez trabajó más de veinte años al servicio de la empresa demandada;

3º José Rosario Rodríguez ganaba en la fecha de su retiro la suma de ciento veintiocho pesos ($ 128.00) como maquinista de primera clase;

4º Durante el último año de su empleo en la empresa demandada ganó ese mismo sueldo determinado en el hecho anterior;

5º El citado Rodríguez fue retirado del servicio de The Santa Marta Railway Company Ltd. el seis de marzo de mil novecientos treinta y tres;

6º Rodríguez solicitó de la empresa su jubilación;

7º La empresa demandada no le ha reconocido ni pagado su jubilación;

8º Rodríguez no tiene rentas mayores de mil doscientos ($ 1,200.00) pesos anuales, ni sueldo mayor del 50 por 100 de la pensión solicitada;

9º Rodríguez cedió a su apoderado Carlos Goenaga González el 35 por 100 de las cuotas de jubilación que le corresponden desde el treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y seis, y el 50 por 100 de la misma cuota de jubilación que debe pagarle The Santa Marta Railway Co. Ltd. desde enero de mil novecientos treinta y siete hasta el registro del fallo respectivo, o del arreglo, en su caso.

El derecho lo fundó el demandado en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 y en los artículos 1º y 9º del Decreto Ejecutivo número 1471 de 1932, que reglamenta la ley citada sobre jubilación de empleados y obreros ferroviarios, y en el artículo 2184 del C. C. y en los demás pertinentes.

Surtida la primera instancia, el Juez a quo le puso término en sentencia de 4 de agosto de 1937, en la cual condena a The Santa Marta Railway Co. Ltd a pagar a José Rosario Rodríguez la pensión de jubilación vitalicia de setenta y siete ($ 77,00) pesos m. c. desde el 20 de enero del año en curso (1937).

La sentencia acusada

El fallo de primer grado fue apelado por la parte demandada para ante el Tribunal Superior de Santa Marta, y surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas pedidas por las partes, esa Superioridad finalizó la segunda instancia en sentencia fechada el 15 de julio de 1938, la que en sustancia confirmó la recurrida, reformándola únicamente en el sentido de decretar el pago de la pensión vitalicia de setenta y siete ($ 77,00) pesos m. c. a favor de Rodríguez desde el 20 de noviembre de 1933, fecha en que el actor sostenía haber cumplido cincuenta y cinco años de edad.

La pensión que reclama el demandante sólo puede decretarse judicialmente a favor de empleados y obreros ferroviarios que hayan cumplido la edad de cincuenta y cinco años, al tenor de lo estatuído en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 y en los artículos 1º y 9º del Decreto Ejecutivo número 1471 del mismo año, reglamentario de dicha ley; y este hecho afirmado por el demandante de haber nacido el 20 de noviembre de 1878 y de que tuvo, por tanto, cincuenta y cinco años el 20 de noviembre de 1933, ha sido negado rotundamente por la Empresa demandada.

Constituye este punto, por esa circunstancia, la cuestión principalmente debatida en las instancias y sobre él recae la decisión verdaderamente fundamental con-

tenida en la sentencia del Tribunal que es materia de este recurso.

En concepto del Tribunal el actor ha logrado evidenciar, con el haz probatorio traído a este proceso, que sí tiene la edad requerida por los textos legales y reglamentarios mencionados para exigir el pago de la pensión vitalicia (55 años). Para llegar a esta conclusión razona así la sentencia:

"Para el Tribunal la partida de bautismo de José Rosario Rodríguez que se halla sentada en el libro de Curia número 43, fl. 332, que se ha dejado inserta, no tiene por qué no admitirse como prueba del estado civil de dicho señor, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 57 de 1887: 1º porque en cuanto a la partida en sí, hay constancia de que fue sentada en los libros parroquiales del año de 1891, y 2º en cuanto al error que en ella se incurrió respecto del año del nacimiento, porque fue subsanado por la Curia, que facultad tiene para hacerlo. De modo, pues, que la certificación dada sobre la partida en la forma en que lo hizo la diócesis de Santa Marta, tiene la estructura de una certificación que se hubiere dado sin que al sentar el acta respectiva se hubiera cometido error alguno. Además, se funda para admitirla así, en que los reparos que puedan hacerse a una decisión basada en la legislación canónica no puede llevar a la conclusión, como dice la Corte Suprema de Justicia de que a las autoridades civiles les sea dado desconocer sus efectos".

"Si se considera por la parte demandada que en el procedimiento adoptado por la Curia para subsanar el error de que se viene hablando, se pretermitieron algunas formalidades prescritas por la legislación canónica al respecto, debió proponer ante la misma autoridad eclesiástica, la nulidad de la decisión dada y traerla como prueba para quitarle todo el valor a la partida corregida que le da el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 y el Decreto citado dictado por la Conferencia Episcopal.

"A pesar de lo dicho al respecto, militan para acreditar que José Rosario Rodríguez llegaba el año de 1933 a 55 años, la cédula de ciudadanía expedida por el Jurado Electoral de Ciénaga que es un documento público, las declaraciones de los señores Luis Felipe Daza, Salvador Perea, y Francisco Padilla, las cuales forman una cadena de indicios que aunque formada por elementos probatorios diferentes se encaminan a demostrarlo".

"Se ha querido hacer aparecer al señor José Rosario Rodríguez, por haberse bautizado el año de 1891 y decir la partida anulada que nació en el año anterior, como menor que su hermano Sabas; pero con declaraciones de testigos se ha comprobado que el expresado señor fue el mayor de los hijos legítimos del matrimonio celebrado entre José Rosario Rodríguez y Rosa Rivas de Rodríguez. Siendo esto así, es imposible que el expresado señor Rodríguez naciera el año de 1890 como se hizo expresar en la partida anulada traída a los autos, cuando Sabas, hermano menor suyo, nació el año de 1883, según partida. Esta probanza contribuye a disminuír el valor probatorio de la partida anulada por la Curia y la siguiente circunstancia convence de su invalidez".

"A petición del Gerente del Ferrocarril se practicó una inapección ocular en el libro de bautismo de la iglesia parroquial de Santa Marta correspondiente al año de 1891 y se extendió en la diligencia copia de la partida de bautismo de José Rosario Rodríguez. La diligencia se encuentra en la foja 9ª del cuaderno de pruebas del demandado en la segunda instancia y del texto de la partida compulsada aparece que ella no es la original extendida en el libro por el párroco que llevó a cabo el bautismo que fue el presbítero Calixto J. Gómez. No consta la causa por la cual esta partida fuera llevada al libro de bautismo en esta forma de copia, como tampoco consta el carácter con que obraba el presbítero señor Rizo al extender tal copia en dicho libro, ni la forma en que se extendiera. No es, pues, cosa indiscutible la autenticidad o la exactitud del contenido de tal documento. Pero no es esto solo sino que hay motivos para pensar

que el texto sufrió alteración al copiarlo. En efecto, se observa que hay discrepancia en los textos de las dos copias traídas al proceso. En la que fue expedida por el párroco (f. 3 del cuaderno principal), no aparece el año del nacimiento. En la sacada en la inspección ocular sí aparece dicho año. Dada esta divergencia y siendo así que en la partida que se copió en la inspección ocular consta que ella no es original sino una copia, mientras que la otra expedida por el párroco (f. 9 del cuaderno de pruebas), sí aparece tomada del original, merece fe ésta con exclusión de la otra y por tanto hay que admitir que sobre el año del nacimiento de Rodríguez hay un vacío que puede llenarse por medio de las otras pruebas traídas a los autos como son la nueva partida expedida en virtud del fallo del Vicario General de la Diócesis y las declaraciones de testigos. Con todas estas pruebas reunidas se tiene una base para concluir y dar por demostrado que José Rosario Rodríguez no nació en el año de 1890 sino años antes".

El recurso de casación

Contra esa providencia del Tribunal se alza en casación el apoderado de The Santa Marta Railway Co. Ltd., y la acusa por la primera causal del artículo 520 del C. J., considerándola violatoria de la ley sustantiva por los varios motivos que pasan a enumerarse:

Primer motivo.—El Tribunal admitió la prueba aducida por el demandante para acreditar la edad de 55 años que exige la ley 1ª de 1932. Tal prueba consiste en la partida eclesiástica de bautismo de José Rosario Rodríguez, de 4 de marzo de 1891, en que se declara que éste nació el 20 de noviembre, sin expresar el año, pero complementada en la forma expuesta en la certificación expedida por la Diócesis de Santa Marta, Parroquia del Sagrario y San Miguel, extendida el 25 de abril de 1937 por el Cura Párroco de la misma.

Sostiene el recurrente que la apreciación hecha por el Tribunal sobre el mérito probatorio de la anterior certificación eclesiástica implica un error de derecho, y que como consecuencia de él la sentencia violó las siguientes disposiciones legales: a) El artículo 22 de la Ley 57 de 1887, por interpretación errónea; b) Los artículos 331 y 407 del C. C., por no haberlos aplicado al caso del pleito siendo aplicables, y por no haber declarado en fuerza de ellos que no era admisible la prueba aducida por el demandante; y c) El artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, que el Tribunal viola por haberlo aplicado indebidamente al caso del pleito, ya que no comprobada la edad de 55 años, no era el caso de condenar a la empresa demandada.

Segundo motivo.—En el expediente se encuentra una partida de bautismo de José Rosario Rodríguez, distinta de la partida enmendada por el Cura Párroco del Sagrario y San Miguel de Santa Marta. En ella se expresa que el actor Rodríguez nació el 20 de noviembre del año pasado, es decir, de 1890, porque la partida tiene fecha 4 de marzo de 1891.

El Tribunal dejó de apreciar esta partida, incurriendo así en error de derecho por no haberle atribuído el valor que les corresponde. Tal error de derecho implica violación de los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 1º de la Ley 1ª de 1932, por no haber aplicado el primero y por indebida aplicación del segundo.

Agrega el recurrente que para darle preferencia a esta partida en que consta que Rodríguez nació en 1890, sobre la partida corregida por la autoridad eclesiástica, el Tribunal ha debido tener en cuenta la partida eclesiástica del matrimonio de los padres del demandante, que aparece celebrado el 5 de enero de 1889. Ahora bien: Rodríguez fue bautizado el 4 de marzo de 1891, como hijo legítimo de José Rosario Rodríguez y de Rosa Rivas. Siendo esto así, es indiscutible que el actor no pudo nacer en 1878, es decir, once años antes del matrimonio de sus legítimos padres. Por este aspecto, el Tribunal incurre en error de hecho, al no haberse dado cuenta de la partida de matrimonio de los padres del actor; lo mismo que

error de derecho, por no haberlo dado a tal partida el valor legal que le corresponde. Estos errores condujeron al Tribunal a violar también los preceptos legales antes mencionados.

Tercer motivo.—La sentencia acusada, para dar por demostrada la edad de Rodríguez, toma en consideración declaraciones de testigos que no presenciaron el nacimiento de dicho señor. Los declarantes se limitan a decir cuándo conocieron a Rodríguez y a dar un parecer, concepto u opinión sobre su edad, lo cual es absolutamente inaceptable, porque en esta materia no es admisible concepto o dictamen sino cuando procede de un facultativo o experto.

Sostiene el recurrente que al apreciar tales declaraciones como pruebas de la edad del actor, incurre el Tribunal en error de derecho respecto a las siguientes disposiciones legales: a) Artículo 395 del C. C., por no haberlo aplicado siendo del caso hacerlo; b) Artículo 400 del C. C., por no haberlo aplicado, siendo aplicable; y c) Artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, por haberlo aplicado al caso del pleito indebidamente.

Cuarto motivo.—En el supuesto de que estuviera demostrado que Rodríguez llegó a la edad de 55 años el 20 de noviembre de 1933, no sería aplicable la Ley 1ª de 1932, porque dicho señor se retiró del servicio de la Compañía demandada con anterioridad a esa fecha. El Tribunal violó el artículo 1º de esa ley al interpretarlo y aplicarlo en el sentido de que el derecho a la pensión existe aunque la edad requerida se haya cumplido con posterioridad a la dejación de empleo.

Argumenta el recurrente que el criterio que inspira ese texto legal estriba en la consideración de que una empresa que tiene a su servicio trabajadores que llegan a edad avanzada debe preocuparse por éstos. Los términos de la ley son claros, y dan derecho al empleado u obrero al pago de la pensión siempre que tenga la edad requerida por la ley y que al llegar a ésta sea todavía empleado u obrero de la respectiva empresa. Si en ese momento ya se ha retirado de ella claro es que no tendrá el carácter de empleado u obrero de tal empresario, por no existir la relación jurídica entre patrón y dependiente, en el momento de llegar a la edad de 55 años.

Concluye el recurrente, para fundamentar este motivo que el artículo 6º del Decreto 1471 de 1932 reglamentario de la ley mencionada es ilegal. Al aplicarlo el Tribunal violó el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, y quebrantó por interpretación errónea, el art. 1º de la Ley 1ª de 1932.

Estudio de los cargos.
Motivos 1º, 2º y 3º

Hace consistir el recurrente los tres primeros motivos de tacha en casación en las siguientes cuestiones: a) El tribunal admitió la prueba aducida por el actor para demostrar la edad de 55 años, que exige la ley, e incurrió en error de derecho al apreciar la certificación eclesiástica presentada, por atribuírsele a dicho documento un valor probatorio que no le corresponde; b) En el expediente hay otra partida eclesiástica que expresa que el actor nació en 1890, en cuyo caso no tendría la edad legal requerida, y el Tribunal dejó de apreciarla, incurriendo en otro error de derecho; c) La sentencia, para dar por demostrada la edad del demandante, toma en consideración declaraciones de testigos que no presenciaron su nacimiento, y al apreciarlas y darles ese valor, incurre en otro error de derecho en la estimación de esa prueba.

La Corte considera:

Para determinar con toda claridad y precisión la operancia y conducencia de tales cargos, conviene advertir que en el caso de este pleito no se discute ni se controvierte, en puridad de verdad, un problema de estado civil de la persona del actor. No se trata de establecer en los autos la situación jurídica que el demandante Rodríguez ocupa en el seno de la sociedad, ni sus vinculaciones familiares con otras personas, ni la repercusión que tal posición jurídica o tales relaciones de

parentesco puedan tener, para determinar en el proceso el derecho invocado por el actor.

En el litigio se trata simplemente de establecer la edad del actor como requisito especial que la ley exige para la existencia de un derecho de carácter social reconocido a éste a consecuencia de las actividades a que pudo haberse dedicado durante una larga etapa de su vida de relación.

Es indudable que la edad de una persona puede, en determinadas circunstancias, constituir un elemento fundamental para conocer y precisar un estado civil personal, tanto en el estado civil político como en el privado. Pero de allí no puede concluírse que siempre que se requiera demostrar en juicio la edad de una persona, tal exigencia procesal se identifique con su estado civil, y como consecuencia sea de estricta necesidad procedimental acudir a los medios probatorios operantes del estado civil, para evidenciar judicialmente la edad de una de las partes.

Si en realidad se discutiera en autos el estado civil de Rodríguez, bien podrían aceptarse algunas de las razones que expone el recurrente para impugnar la certificación eclesiástica, complementada por la sentencia de la Curia de Santa Marta, porque en un litigio de esa índole sí sería procedente estudiar tal elemento probatorio, a la luz de nuestra legislación civil, para asignarle el valor que le corresponda. Pero tratándose exclusivamente de demostrar judicialmente la edad del demandante, para decidir si se ha radicado en su cabeza el derecho social invocado por éste, es indudable que no se debe exigir la demostración de su estado civil, sino que son suficientes para evidenciar tal elemento los demás medios probatorios que la ley reconoce y consagra para casos semejantes.

Dedúcese de lo expuesto que en el caso de este pleito sí es medio probatorio operante la prueba testimonial, para demostrar simplemente la edad de una persona. Así lo acepta la Corte, no sólo porque se trata de un hecho positivo susceptible de ser percibido o apreciado directamente por la persona humana, sino porque el artículo 400 del C. C. lo consagra como medio probatorio conducente para casos similares, al estatuír que cuando fuere necesario calificar la edad de una persona para la ejecución de actos o ejercicio de cargos que requieran cierta edad, se admitirán declaraciones de personas que fijen la época de su nacimiento, y si no fuere posible hacerlo en esta forma, para establecer tal edad se oirá el dictamen de facultativos o de otras personas idóneas. (Subraya la Corte).

Definida de esa manera la cuestión fundamental de que sí puede demostrarse la edad del actor por medio de la prueba testifical, tampoco comparte la Corte el concepto del recurrente consistente en sostener que esos testimonios, tal como fueron evacuados en el proceso, no sirven para demostrar la edad de Rodríguez, por que ninguno de los deponentes presenció su nacimiento, ni fija la época de éste, ni hace referencia a tal suceso.

Al efecto, el doctor Carlos Bermúdez certifica bajo juramento que como maestro graduado ejerció el magisterio en 1892 y que en esa época cursó como alumno José Rosario Rodríguez, quien en el expresado año tendría en realidad catorce años (fl. 6º, cuad. 2º).

Luis Felipe Daza depone que en 1896 trabajaba con Rodríguez y la edad de éste era de diez y ocho años; Salvador Perea afirma en su deposición que en 1897 trabajaba con Rodríguez, quien tenía diez y nueve años de edad; y Francisco Padilla manifiesta que de 1899 a 1902 Rodríguez prestó servicios como soldado en el "Batallón Santa Marta" en el que el exponente era Teniente, y Rodríguez tenía veintidós años.

La Corte no se atiene a las declaraciones en cuanto los testigos fijan en cada caso la edad de Rodríguez; para la Corte lo esencial en esas declaraciones está en que los testigos hacen referencia a hechos de donde se deduce que Rodríguez, en determinadas épocas, poseía la capacidad física suficiente para desarrollar una acti-

vidad que requería cierta edad, superior, en todo caso, a la que debería tener de aceptarse que nació en el año de 1890.

No es necesario acudir a complicadas reglas de hermenéutica para deducir que de tales testimonios sí puede conocerse la edad del actor, ya que los deponentes declaran con toda claridad sobre hechos precisos y concordantes con el controvertido, relativo a la edad, de donde puede llegarse a la evidencia judicial sobre la época del nacimiento del demandante. Uno de los testigos fue maestro de Rodríguez; los otros dos, compañeros de labores, y el último, superior jerárquico en un batallón del ejército, y todos están conformes en que para aquella lejana época el actor tenía una edad que justifica el desarrollo de esas diversas actividades y que demuestran tener más de cincuenta y cinco años para la época en que instauró esta acción. No era indispensable para la valoración de estos testimonios que los deponentes hubieran presenciado el nacimiento de Rodríguez o que fijaran con precisión la época en que pudo ocurrir este acontecimiento. Es suficiente con que depusieran sobre hechos definidos y concretos, relacionándolos con determinada época o fecha, para aceptar como evidenciada la circunstancia de la edad del actor, al tenor de la regla establecida en el artículo 400 del C. C., en relación con el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932.

Pero hay algo más que decir alrededor de esta cuestión controvertida en casación, y es la siguiente: el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, que consagra el derecho social alegado por el demandante, evidentemente exige como requisito necesario para obtener la pensión vitalicia de jubilación que el reclamante haya sido empleado u obrero de edad no inferior a 55 años y servido por espacio de 20 años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular. Pero el artículo 1º de la Ley 206 de 1938, posterior al anterior, vino a modificarlo en parte sustancial y a suprimir el requisito de la edad del agraciado, cuando dispuso "que el personal de maquinistas, fogoneros, ayudantes de fogoneros, trabajadores de calderas, fundidores y mineros tienen derecho, al cumplir los veinte años de servicio, continua o discontinuamente, en una empresa ferroviaria oficial o particular, a la jubilación de que habla el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, cualquiera que sea la edad". (Subraya la Corte).

Aun cuando el recurrente no alude a este último precepto ni a su aplicabilidad al caso de autos, bien podría argüirse que no es aplicable, por ser posterior a la iniciación del pleito. Considera la Corte que sí debe dársele aplicación, porque se trata de la consagración de un derecho de carácter social en nuestra legislación positiva, y tales derechos, como los de naturaleza penal, tienen siempre preferente aplicación —siendo favorables o permisivos— por ser de orden público o estar íntimamente vinculados a la organización social del país. Por esa circunstancia, aun siendo posterior a la fecha de la demanda, debe darse cumplimiento a ese precepto, lo que vendría a dirimir el punto controvertido en casación, ya que dándole aplicación no es necesario que el actor compruebe en juicio su edad para obtener el beneficio consagrado por la ley, como una justa retribución a su trabajo y a la eficaz colaboración prestada en la marcha y prosperidad económica de la empresa demandada.

Si, pues, no era necesario comprobar la edad con las certificaciones eclesiásticas de bautismo, ya se trate de la primera que fue complementada con la sentencia de la Curia de Santa Marta o de la segunda que figura como copia y que fue anulada por la misma Curia; y si por otra parte, los testimonios presentados por el actor son suficientes para evidenciar su edad, amén de que la aplicación que debe darse a la Ley 206 de 1938 elimina la demostración de tal circunstancia por parte del demandante, es de rigor concluir que el Tribunal no violó los preceptos legales invocados en la demanda de casación. Carecen de fundamento, por lo tanto, los

tres primeros motivos de tacha alegados contra el fallo recurrido.

Motivo 4º

Lo hace consistir el recurrente, como viene dicho, en que aun dándose por demostrado que el actor tenía la edad requerida por la ley, no tenía derecho a la pensión, por haberse retirado del servicio de la entidad demandada con anterioridad a la fecha en que cumplió aquella edad.

Se considera:

A) El artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, que sirve de fundamento al actor para solicitar la pensión vitalicia, la reconoce a favor de "todo empleado u obrero de edad no inferior de 55 años **que haya servido** (subraya la Corte) por espacio de veinte años....." Los términos anteriores en que está concebida la ley respecto de los empleados favorecidos con ese beneficio, plantean a la Corte un problema de interpretación que no vacila en decidir en el sentido de que el precepto cuyo alcance se estudia cobija a todo empleado u obrero QUE HAYA SERVIDO a una empresa ferroviaria, y no simplemente a los que ESTEN SIRVIENDO al cumplir los 55 años de vida y 20 de servicios continuos o discontinuos.

B) El artículo 6º del Decreto Ejecutivo número 1471 de 1932, reglamentario de la ley cuya interpretación se estudia, dice que "no es necesario para el derecho a la jubilación que el empleado u obrero cumpla la edad de 55 años hallándose al servicio de la empresa ferroviaria". Vino a ser tal precepto reglamentario el que fijó de una manera precisa la intención y el alcance del texto legal llamado a desarrollar, en uso de la facultad constitucional concedida a la administración para tales casos, sin que pueda aceptarse la tesis del recurrente de que tal norma del decreto ejecutivo sea violatoria de la ley, ni en su letra ni en su espíritu, desde luego que la interpretación dada al texto legal se ajusta debidamente tanto a la una como al otro.

C) Sostiene el recurrente que los 55 años deben cumplirse siendo empleado u obrero, porque la ley reguladora es un estatuto de gremio, y quien deja de ser empleado u obrero, deja de pertenecer al gremio y ya no tiene la calidad necesaria para la jubilación.

No vacila la Corte en rectificar el anterior concepto y en sostener que nuestra legislación social no es gremial sino de clase. Por tanto, el actor no necesitaba probar que actualmente es empleado. El demandado ha debido excepcionar si acaso la categoría económico-social del actor había cambiado. La legislación social tiene en cuenta las clases sociales, esto es, a los individuos, no como personas abstractas, sino tomándolos concretamente dentro de su realidad económica.

Ahora bien, el texto que concede la pensión tiene por objeto dominante la protección del empleado, cuando llegue a la edad que el legislador creyó prudente establecer como índice de incapacidad para los individuos que trabajaran durante 20 años en una empresa. Y si no se acepta la sana interpretación que acaba de dársele a dicho texto legal, no se alcanzaría ese resultado y quedarían sin la debida protección y amparo todos los empleados u obreros que fueran retirados, maliciosamente o nó, antes de cumplir la edad requerida por la ley, agotados por el trabajo.

Bien puede agregarse a lo antes expuesto que la aplicación que es de rigor hacer al caso de autos del artículo 1º de la Ley 206 de 1938, elimina ya la necesidad de acudir a medios de interpretación para otorgar el beneficio, porque a éste tienen ya derecho todos los empleados y obreros allí determinados, cualquiera que sea su edad.

Son suficientes las anteriores consideraciones para decidir que el motivo estudiado no tiene operancia para quebrar la sentencia.

Fallo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nom-

bre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta el día quince de julio de mil novecientos treinta y ocho, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán a cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OPOSICION A LA ADJUDICACION DE UN TERRENO COMO BALDIO.—ALEGACION DEL ERROR DE HECHO EN CASACION.—CASACION—APRECIACION DE PRUEBAS.

1. -Para que pueda alegarse error de hecho se requiere, de conformidad con el artículo 520 del C. J., que aparezca de modo manifiesto en los autos. — 2.—No cabe casar un fallo cuando el Tribunal sentenciador haya reflexionado o raciocinado sobre un elemento probatorio meramente conjetural en tal o cual sentido, porque la Corte razone sobre esa prueba de modo distinto u opuesto. En la apreciación de las pruebas de esta categoría la ley deja al juzgador de instancia un margen de amplitud que la Corte respeta. Es ésta reiterada y constante jurisprudencia de la Corte. — 3.—Cuando se acusa por error una sentencia debe indicarse la disposición sustantiva violada como consecuencia de él.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, febrero veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor José María Leiva se opuso a la solicitud del señor José R. Martínez sobre adjudicación como baldío de un terreno en la Sierra Nevada. La actuación pasó al Juzgado 1º del Circuito de Santa Marta, donde Leyva formuló demanda ordinaria en que pide se declare que ese terreno hace parte integrante de su hacienda llamada Minca y por lo mismo no puede adjudicarse como baldío. El demandado Martínez fue absuelto por el Juzgado en sentencia de que Leyva apeló, por lo cual se siguió la segunda instancia en el Tribunal Superior de allí, quien la cerró con sentencia confirmatoria, contra la cual el demandante interpuso casación, recurso que fundó en su oportunidad y que, llenados sus demás trámites, entre ellos el de oírse al Procurador General de la Nación (C. Fiscal, art. 80), debe ya decidirse.

Tres cargos formula el recurrente, dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., contra la sentencia recurrida, así:

1º No haberse reconocido su dominio sobre Minca.

2º Error de apreciación de estas pruebas: a) la inspección ocular practicada en segunda instancia, en cuanto establece que el terreno en disputa linda "por el Este con la finca denominada María Teresa, de propiedad de Pedro Manuel Dávila"; b) el documento de 1º de marzo de 1929 en que Leyva entregó en arrendamiento el terreno allí determinado a Pedro Latorre y éste lo reconoce propietario y poseedor de la hacienda de Minca deslindada por el Este "con terrenos antes incultos, hoy finca de María Teresa, Aguadulce y Cincinati"; c) la escritura número 29 de la Notaría 2ª de Santa Marta, otorgada el 20 de marzo de 1935, por la cual Latorre vendió a José R. Martínez un lote de terreno que linda "por el Este con la finca María Teresa de propiedad de Pedro Manuel Dávila"; d) la escritura número 153 de octubre de 1896, de la Notaría de Santa María, en que consta que la finca María Teresa adjudicada por el gobierno Nacional al señor Pedro Manuel Dávila, linda por el Oeste "con la hacienda de Minca de propiedad de José M. Leyva."

Este cargo estriba en que el Tribunal se niega a reconocer que el terreno litigado hace parte de Minca, a pesar de que estas pruebas acreditan que linda por el

oriente con María Teresa y que ésta linda por el occidente con aquélla, colindancia que el recurrente reputa decisiva en aquel sentido, sobre todo al considerar que el terreno pretendido por Martínez linda por el oriente con María Teresa.

Tanto del primer cargo antedicho sobre dominio de Minca, fundado en errónea apreciación de sus títulos, cuanto el segundo, derivado de la errónea apreciación de las pruebas que acaban de citarse, deriva el recurrente violación de disposiciones sustantivas, y en esto consiste su acusación.

Procede, pues, indagar en primer término si hubo tal error, puesto que sólo hallándolo ocurrirá estudiar si determinó aquel quebrantamiento, es decir, que para averiguar si se ha producido el efecto se ha de comenzar por establecer si existe la causa.

Después de la referida cita y trascripción parcial de pruebas, subrayando la alinderación para establecer la colindancia y con ésta la base de su argumentación, el recurrente la concreta así: "De la comparación de los linderos contenidos en las pruebas estudiadas se ha de llegar a una necesaria conclusión de hecho. La hacienda de Minca y María Teresa son colindantes por el este y el oeste recíprocamente. No hay solución de continuidad entre ellas, no existe una pulgada de terreno en el lindero este de la hacienda de Minca en relación a María Teresa que no forme parte del predio de Minca y que no sea de propiedad del señor José Leyva, pues los dos predios tienen una línea divisoria común. Lo contrario sería lo absurdo, ir contra la lógica y el sentido común, se rompería la realidad de los hechos que presentan las pruebas que el sentenciador no quiso apreciar". Y agrega: "Cualquier vaguedad que pueda presentar determinado título en relación a algún sector de los linderos que no sea fácil de constatar al momento, no constituye fundamento para negarle validez al título presentado; esto puede ser más bien motivo de aclaración en un juicio distinto".

El recurrente exagera el concepto al dar por establecido en dichas pruebas que, en relación con María Teresa, no existe pulgada de tierra que por su lado occidental no corresponda a Minca y no esa propiedad de Leyva. No es esto lo que esas pruebas dicen; desprovenida y rectamente leídas, lo que contienen al respecto es tan sólo el hecho de que María Teresa linda por el occidente con Minca y que Minca linda por el oriente con María Teresa, es decir, que estas dos fincas colindan por esa línea, lo que es diferente de lo afirmado por el abogado del actor sobre que cuanto sea occidente de María Teresa es precisamente propiedad de su mandante. Esto no está dicho ni acreditado por las pruebas de cuya errónea apreciación acusa al Tribunal por no haber hallado éste en ellas esa categórica afirmación.

Así las cosas, siendo sólo esa colindancia lo acreditado, es inaceptable el razonamiento del recurrente, puesto que de sólo lindar María Teresa por su occidente con Minca y de sólo lindar por su oriente con María Teresa tanto Minca como el terreno disputado, no puede deducirse forzosamente, como él quiere, que el terreno en cuestión sea parte integrante de la hacienda de Leyva.

Más todavía: aun concediendo que ese hecho de lindar tanto Minca como el terreno en disputa por su lado oriental con María Teresa incline a pensar que efectivamente ese terreno y Minca se confunden en forma de hacer de él parte de ésta, de tal premisa no podría lógicamente deducirse que hay error en no razonarse en ese preciso sentido. No puede olvidarse cómo con la mayor frecuencia sucede que un predio linda por uno o más de sus lados con dos y más predios distintos entre sí.

Aunque se le diera a ese detalle de alinderación en el presente caso calidad de indicio conducente a la tesis del actor, no cabría por sólo eso reputar legalmente como erróneo el que el Tribunal no haya llegado a la misma conclusión que él.

Y si todo esto es así, aun en instancia,

con más veras lo es en casación. Ante las disposiciones de los artículos 663 a 665 del C. J., claramente se ve que en el razonamiento del Tribunal no puede hallarse error de derecho. Respecto del de hecho, el artículo 520 **ibídem** exige que aparezca de modo manifiesto en los autos.

No cabe casar un fallo cuando el Tribunal sentenciador haya reflexionado o raciocinado sobre un elemento probatorio meramente conjetural en tal o cual sentido, porque la Corte razone sobre esa prueba de modo distinto u opuesto. En la apreciación de las pruebas de esta categoría la ley deja al juzgador de instancia un margen de amplitud que la Corte respeta.

No habiéndose acreditado el hecho básico e indispensable de que el terreno en disputa hace parte integrante de Minca, es inoperante el cargo relativo a la apreciación de los títulos de esta hacienda, puesto que, aun suscribiendo cuanto Leyva afirma sobre ellos en sí, no darían apoyo a sus súplicas. Pretendiendo él que ese terreno se reputo suyo por virtud de esos títulos, claro es que por perfectos que sean no pueden respaldarlo, en cuanto no demuestre que abarcan aquel terreno. En juicios como el presente, como los de reivindicación y como otros análogos, nada adelanta el actor con producir títulos de dominio de tal o cual inmueble, si no establece que aquello que pretende o que disputa está abarcado por esos títulos.

Así las cosas, es superfluo abocar el estudio de tales instrumentos y, con más veras, el de los problemas detenidamente tratados por las partes en relación con la Ley 200 de 1936 y su aplicabilidad a este litigio, puesto que aun estimando aquéllos satisfactorios uno a uno y completo su encadenamiento hasta remontarse a 1818, o reconociendo que con el último de ellos, o sea el de 1892, bastaría para haber prescrito cuando en 1935 se iniciaron por Martínez las diligencias referidas, sea por el uno o por el otro de los dos términos del dilema planteado ante aquella ley, ello es que cualquiera de estos conceptos conduciría a reputarlo dueño de Minca; pero no del terreno en disputa. Y esto es decisivo en la presente causa.

El cargo tercero del recurrente contra la sentencia del Tribunal consiste en que éste cita y aun trascribe frases del dictamen de dos de los peritos que intervinieron en la identificación del terreno en disputa, en cuanto dicen que con los elementos de que han dispuesto no pueden afirmar que ese terreno quede dentro de Minca. El dictamen pericial quedó al fin sin la ampliación oportunamente ordenada; y el recurrente halla erróneo que el Tribunal se haya referido a él o tomádolo en cuenta en la forma de que acaba de hablarse, no habiéndosele completado con la ampliación antedicha. Deduce de ahí violación de disposiciones procedimentales sobre esta prueba y pide que, acogido el cargo, se esté a lo que declararon al respecto los testigos que presentó.

Solicitada por él esa prueba con el fin de establecer que dicho terreno hace parte integrante de Minca, dando por sentado que al Tribunal no le fuera dado citarla, de la cita o trascripción referidas no puede deducirse acusación contra la sentencia. Si se prescinde de esa prueba al extremo de ni siquiera citarse, ello significa que al actor le quedó faltando en su arsenal probatorio ese elemento, a la verdad tan valioso que, como ya se dijo, es decisivo; pero en manera alguna puede significar, como el recurrente pretende, que de la falta o prescindencia de esa prueba o de su cita se deduzca que está acreditado ese hecho cardinal de hacer parte integrante de Minca el terreno litigado.

Además, el cargo no se formula cual cumple en casación, porque no se indicó disposición legal sustantiva violada como consecuencia de ese supuesto error.

Cuanto a la apreciación de la prueba testimonial, se observa que no se formula cargo por no haberla tomado en cuenta el Tribunal como comprobación satisfactoria de ese hecho de que el terreno en disputa sea parte de Minca, sino que el recurrente solicita que, en prosperando su

reparo sobre estimación de la prueba pericial, se tome en cuenta aquélla. No llenándose esta condición, puesto que el reparo no se acoge, no hay lugar a aquel estudio. A que se añade que el Tribunal expresamente se abstiene de éste estimando que no se trata de hechos sometidos a prueba de testigos, y el recurrente no formula ataque alguno por esto. No es que se sugiera que cabe ataque, sino que simplemente se advierte que no lo formuló.

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, o sea la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el quince de abril de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Hernán Salamanca — **Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.**—**Fulgencio Lequerica Vélez.** — **Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta.** — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD DE UNA MINA

La norma del artículo 286 del Código de Minas sólo tiene aplicación cuando ya se ha dado la posesión de una mina y se ha otorgado el título correspondiente, puesto que el pago del mal llamado impuesto de estaca tan sólo comienza en el año de la posesión.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

Motiva este pleito una larga controversia que se ha venido desarrollando entre varios denunciantes, sobre la propiedad y mejor derecho de dos minas de oro, plata y otros metales, ubicadas sobre un mismo filón en el paraje de Santa Clara, jurisdicción del Municipio de Anzoátegui, Departamento del Tolima. A efecto de precisar mejor la cuestión controvertida, se pasa a hacer una relación de los antecedentes de cada una de estas minas aledañas, denominadas por sus denunciantes con los nombres de "La Rica" y "El Porvenir".

A—Mina "La Rica"

1.—El 31 de octubre de 1932 se presentó Carlos E. Salazar ante el Alcalde de Anzoátegui a darle aviso de que había descubierto una mina de filón de oro, plata y otros metales, en el paraje de Santa Clara, para sí mismo y para Jesús Arbeláez, Alfredo Londoño y Loreto Angeli Bufalini. Anunció que dicha mina se llamaría "La Rica" (fl. 4, cuad. 4).

2.—El 14 de noviembre de 1932 los mencionados Salazar, Arbeláez y Bufalini denunciaron al Gobernador del Tolima la existencia de la mina, con las mismas especificaciones y ubicación, explicando que ésta había sido denunciada ya anteriormente, pero que como la habían abandonado Salazar y Arbeláez, el nuevo denuncio procuraba que a los denunciantes se les tuviera como poseedores y dueños. Agregaron que la mina era conocida antes con el nombre de "Continuación Occidental de la Mina del Tesoro", nombre que se le cambiaría por el de "La Rica" (fl. 4 v., cuad. 4).

3.—El 16 de enero de 1934 se presentó Valeriano Zuluaga ante el Alcalde de Anzoátegui a darle aviso, para los nombrados Salazar, Arbeláez y Bufalini, de la misma mina de antiguo descubrimiento. El 7 de febrero del mismo año (1934) volvió Salazar a denunciar la mina de "La Rica" como abandonada por el denunciante y por Arbeláez y Bufalini, y en el nuevo denuncio repartió las acciones de "La Rica" a razón de ocho acciones para cada uno de los tres accionistas. (Fl. 10, cuad. 3, fl. 14 v., cuad. 3).

B—Mina "El Porvenir"

1.—El 4 de abril de 1933 avisó Francisco Morad al Alcalde de Anzoátegui que Jesús Arbeláez había descubierto una mina abandonada, de filón de oro y otros metales, que era conocida con el nombre de "Continuación Oriental de la Mina El Vergel".

2.—El 22 de julio de 1933 formalizó Jesús Arbeláez el denuncio de dicha mina ante la Gobernación del Tolima, acusando a José Joaquín Arenas de haberla abandonado, y anunció que la denominaría "El Porvenir".

3.—El 6 de febrero de 1934 Jesús Arbeláez adicionó el anterior denuncio en los términos siguientes: "....la mencionada mina 'El Porvenir' carece hoy de una base precisa para su latitud y medida del rectángulo, siendo por consiguiente aplicable al caso el precepto del artículo 19 del Decreto Nacional número 761 de 1887, que en seguida transcribo y dice: 'Artículo 19.—Si se denuncia la continuación de una mina que aún no se haya entregado, se dará primero posesión de la mina denunciada primitivamente y luégo de la continuación'. 'Si se quedare desierta o abandonada la mina primitiva antes de dar la posesión, el denunciante de la continuación se reputará como primitivo denunciante y tendrá los derechos que concede el artículo 26 del Código'. Es, pues, en virtud de esta disposición como adiciono mi memorial de denuncio de la mina 'El Porvenir', de fecha 22 de julio del año próximo pasado, fijando como fijo como base para los 240 metros de latitud, del rectángulo de 3 pertenencias que se han de medir hacia el Norte, 45 grados Este aproximadamente, dos mojones clavados en la margen izquierda de la quebrada denominada antes Santa Clara y hoy El Aguila, debiendo quedar el primero, o sea, el oriental, sobre la paralela de la mina de filón titulada 'El Tesoro', de que viene a ser hoy en parte 'Continuación occidental', o sea lo que se había denunciado con el nombre de 'La Rica'. Pido al señor Gobernador se digne disponer se le dé a este memorial el curso legal y se tenga en cuenta al expedirse el respectivo cartel y el correspondiente título"

4.—El 16 de mayo de 1934 fue admitido por el Gobernador el denuncio de la mina "El Porvenir" hecho por Jesús Arbeláez para sí, y ordenó la publicación de tal denuncio.

Juicio ordinario

El 17 de abril de 1934 resolvió la Gobernación que se le diera a Carlos E. Salazar en su carácter de denunciante, para sí y para Jesús Arbeláez y Loreto Angeli Bufalini, posesión de la mina de antiguo descubrimiento denominada "La Rica", y comisionó al Alcalde de Anzoátegui para que diera tal posesión mediante las formalidades legales. El 25 de julio de dicho año procedió el Alcalde comisionado a dar la posesión ordenada, y al preguntar si había alguno que como colindante quisiera oponerse, se presentó José Joaquín Torres y dijo que por sí y como apoderado de Jesús Arbeláez se oponía a la posesión y entrega de la mina "La Rica", porque con ésta se afecta, al medirse, parte de los rectángulos que deben corresponder a las minas de "El Porvenir" y "El Pensil", denunciadas y avisadas con mucha anterioridad por los opositores. En vista de la anterior oposición, el Alcalde comisionado ordenó suspender la diligencia y darle al expediente el curso correspondiente.

Remitidas las diligencias al Juez primero del Circuito de Ibagué y asumido por Carlos E. Salazar el carácter de actor, por hallarse Arbeláez en el caso del numeral 3º de artículo 53 de la Ley 292 de 1875 — en su condición de anterior descubridor— ante dicho Juzgado presentó demanda ordinaria Salazar contra Arbeláez, suplicando se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que Salazar, para sí y como denunciante de la mina, y Angeli Bufalini y aquéllos a quienes éstos hubieran cedido parte de sus acciones, tienen mejor derecho que Arbeláez y sus representantes y cesionarios, a la mina "La Rica";

b) Que Arbeláez no tiene derecho a ninguna parte de esta mina, en su condición de pretendido dueño o denunciante de las minas denominadas "El Porvenir", "El Vergel" o "El Encanto", y por tanto carece de fundamento la oposición que hizo a la entrega de dicha mina;

c) Que Arbeláez ha perdido el derecho a denunciar cualquier mina dentro del perímetro de la mina "La Rica" y ha perdido en favor de la sociedad de "La Rica" las acciones que se le adjudicaron primitivamente;

d) Que son nulos los denuncios y de-

más actuaciones relativas a minas que se hallen dentro del perímetro de "La Rica";

e) Que Arbeláez es opositor temerario y debe por consiguiente pagar las costas del juicio.

Surtido el trámite legal y recibidas las pruebas y alegatos, el Juez de primer grado, que lo fue el segundo del Circuito de Ibagué en virtud de la acumulación de los dos juicios, puso término a la instancia en sentencia de 21 de abril de 1937, en la cual absolvió a la parte demandada de todos los cargos formulados en el libelo. Tuvo en cuenta el juez a quo la anterior relación de gestiones administrativas, adelantadas por cada una de las partes litigantes, para definir la posición jurídica alcanzada por cada una de éstas, en su aspiración a obtener la posesión y título de propiedad tanto de la mina "La Rica" como la de "El Porvenir"; estudiando con el mayor detenimiento la cuestión del abandono de la mina disputada, por parte de los avisantes, por ser esta cuestión la verdaderamente básica y fundamental de la litis; y en tales circunstancias, ampliamente estudiadas fundó su fallo absolutorio.

La sentencia acusada

En virtud de apelación interpuesta por la parte demandante subieron los autos al Tribunal Superior de Ibagué, y tramitado el recurso, sin que se presentaran nuevas pruebas ni se modificara por esa circunstancia la situación jurídica planteada en el proceso, dicho Tribunal pronunció sentencia de segundo grado fechada el 15 de marzo de 1938, confirmando en todas sus partes la providencia recurrida.

Funda el Tribunal su decisión en las mismas consideraciones del Juez de instancia y hace hincapié en que el actor Carlos E. Salazar, en los dos denuncios que presentó de la mina "La Rica" ante la Gobernación del Tolima, con fechas 14 de noviembre de 1932 y 7 de febrero de 1934, advirtió expresamente que ya había denunciado con anterioridad la misma mina, situada en el paraje de Santa Clara, y que tal mina la habían abandonado los denunciantes. Agrega el Tribunal que el abandono repetido en que incidieron Salazar y sus compañeros es un hecho que, confesado por el mismo Salazar, tenía que obrar en el ánimo del juzgador, ya que la acusación de abandono fue desde un principio el argumento de que se sirvió Arbeláez contra su contendiente.

Estima la Corte pertinente transcribir el siguiente párrafo de la sentencia acusada en casación, a efecto de conocer el fundamento dado por el Tribunal a tal fallo absolutorio. Dice así:

"El Ejecutivo que, como el Legislador, tiene empeño en que la riqueza minera no quede estancada y en que la industria extractiva se fomente facilitando la explotación a quienes se dediquen realmente a ella, y que por esas consideraciones ha reconocido prerrogativas a los industriales mineros aun sobre los mismos titulares de los terrenos donde los filones se ocultan, ha tomado sus precauciones para que las simples formalidades de aviso y de denuncio no se vayan a convertir en rémora de la industria. A ese fin se encamina la prohibición hecha a los Alcaldes de recibir avisos sobre descubrimientos de una mina a personas o entidades que por tres veces consecutivas la hubieren avisado ya, y la de reputar como abandonada a la mina que no haya sido explotada o trabajada formalmente en dos años. Es claro que el Ejecutivo Departamental no puede desviarse de esas pautas expedidas por el nacional con arreglo a las leyes preexistentes. Dentro de esas pautas le es dado declarar administrativamente la condición de abandono en que una mina puede hallarse. En el caso cuestionado no parece que la Gobernación hubiera aventurado simplemente un concepto al decir en el certificado del folio 5 del cuaderno número 4 que la mina de "La Rica" fue abandonada por haber transcurrido más de un año desde la presentación del denuncio, sin haberse hecho practicar dentro de ese término, las dili-

gencias conducentes a darle curso a éste, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 59 de 1909".

El recurso de casación

Acusa en casación la anterior sentencia el apoderado del actor, y señala como violadas las disposiciones legales contenidas en los artículos 117, 118, 122 y 286 del Código de Minas y 4° de la Ley 59 de 1909.

Estima el recurrente que son tres los puntos básicos sobre los que gira el pleito: 1° que la mina "La Rica" no estaba desierta cuando Arbeláez adicionó su denuncio de la mina "El Porvenir"; 2° que Arbeláez no podía denunciar para sí toda o parte de la mina "La Rica"; y 3° que Arbeláez perdió las acciones que hubiera tenido en la mina "La Rica".

Agrega el recurrente que de la somera relación que obra en el expediente se deduce con toda claridad que la mina "La Rica" no estuvo abandonada, como se ha pretendido, y que no hubo solución de continuidad por parte del actor en la actuación de su denuncia. Porque si fue admitido dicho denuncio, la primera vez el 19 de enero de 1933, y por segunda vez fue denunciada el 16 de enero de 1934, es claro que antes de producirse la deserción de la mina quedó amparada por el nuevo denuncio; y sin estar desierta no podía Arbeláez aducñarse de lo que correspondía a dicha mina; y ni en el aviso de una mina, ni en su denuncio, ni en la adición de un denuncio, puede comprenderse parte de otra mina avisada o denunciada con prelación. Y si cuando Arbeláez tomó para sí lo que correspondía a "La Rica" ésta se hallaba amparada y no estaba desierta, el denuncio o adición carece de valor legal y no puede afectar derechos legítimamente adquiridos.

Añade que como Arbeláez se funda en lo preceptuado en el artículo 19 del Decreto 761 de 1887, para hacer el cambio de la mina "El Porvenir" por "La Rica", tal disposición no lo autoriza para cambiar una mina por otra y tal alcance no puede darse a ese precepto. Si Arbeláez creyó que "La Rica" estaba abandonada, debió avisarla como lo estatuye el artículo 246 del C. de M., y denunciarla como lo ordena el 352 ibidem. Pero en este caso Arbeláez no avisó la antigua mina que él dice abandonada; y si omitió avisarla, no podía denunciarla ni menos adquirirla.

Estudio de los cargos

Al hacerse el análisis jurídico de los cargos formulados en casación, advierte la Corte que la controversia planteada en este proceso acumulado y la misma que, por ende, debe dilucidarse en el recurso, se reduce al examen y apreciación de las diversas y encontradas actividades desarrolladas por ambos litigantes, como avisadores y denunciantes de minas ubicadas en un mismo filón o veta y que, por esa circunstancia, vienen a estar aledañas y a constituír la una continuación de la otra.

No se está, por lo tanto, en presencia de un problema de carácter jurídico, relacionado con la teoría de nuestro derecho minero, sino antes bien, ante una cuestión objetiva y de hecho, nacida de numerosos actos administrativos realizados por las autoridades y a los que dieron origen ambas partes litigantes, como consecuencia de sus aspiraciones polarizadas en la común de obtener, cada una, la posesión y titulación de tales minas, con exclusión de la otra.

Tal cuestión de hecho, que viene evidenciada con el haz probatorio del juicio, puede sintetizarse así:

El actor y recurrente Salazar avisó el 31 de octubre de 1932 una mina de filón que, según manifestó, se llamaba "Continuación Occidental de la Mina de El Tesoro" y anunció que la denominaría "La Rica". El 14 de noviembre siguiente la denunció en debida forma ante la Gobernación del Tolima, con las mismas especificaciones y ubicación y explicando con toda claridad que tal mina antes ya había sido denunciada y abandonada por Salazar y Arbeláez.

Pero es el caso que con posterioridad se abstuvo el denunciante y actor Salazar de acudir ante la Gobernación a solicitar la posesión y entrega de tal mina, dentro de los términos precisos y perentorios que, para tales diligencias, señalan los artículos 56 y 57 del C. de M. De manera que por esa circunstancia quedaba desierto su denuncio y abandonada la mina, siendo por lo tanto la segunda vez que se cumplía tal sanción administrativa, contra Salazar y respecto de la misma mina denunciada con el nombre de "La Rica", al tenor de lo estatuído en el art. 117 y concordantes del Código de Minas.

El 4 de abril de 1933 el demandado Arbeláez avisa ante la misma Alcaldía una mina de **antiguo descubrimiento** y **abandonada** (subraya la Corte), conocida con el nombre de "Continuación Oriental de la mina de "El vergel". El 22 de julio de 1933 la denuncia ante el Gobernador y expresa que se llamará "El Porvenir".

Hasta ahora no hay colición alguna en los dos denuncios y en las aspiraciones de ambos litigantes, a pesar de que la mina "El Porvenir", denunciada por el demandado Arbeláez, viene a ser continuación Norte de "La Rica", denunciada por el actor Salazar.

El 14 de noviembre de 1933 se cumplió un año justo del denuncio dado por Salazar de "La Rica", sin que hubiera procedido a practicar las diligencias necesarias para darle curso. Era de rigor darle estricto cumplimiento al artículo 4º de la Ley 59 de 1909, señalado como violado por el recurrente, que dice: "Si el denunciante de una mina no hiciere practicar dentro del término de un año después de presentado el denuncio las diligencias conducentes a darle curso a éste, la mina se tendrá por abandonada. Esta disposición comprende las minas que estén denunciadas actualmente".

De manera que, dándole aplicación al texto legal que acaba de transcribirse, bien podía la Gobernación del Tolima declarar administrativamente abandonada la mina denunciada por Salazar con el nombre de "La Rica", ya que éste había dejado de realizar por su culpa, las diligencias que son de rigor para darle curso a esta clase de diligencias de adjudicación de un bien minero.

Es de presumir que Arbeláez se dio cuenta de tan lamentable omisión por parte del actor, cuando por medio de un memorial fechado el 6 de febrero de 1934, se apresura a adicionar su anterior denuncio de 22 de julio de 1933 y en tal adición manifiesta que, fundado en el art. 19 del Decreto número 761 de 1887, que lo autoriza debidamente para proceder así, y careciendo la mina denunciada por él ("El Porvenir") de una base precisa para su latitud y medida del rectángulo, fija como base para los 240 metros de latitud del rectángulo de tres pertenencias que se han de medir hacia el Norte.... o sea, lo que se había denunciado con el nombre de "La Rica".

También puede inducirse de las pruebas agregadas al proceso que Salazar se alarma ante esta adición del denuncio de Arbeláez, respecto de una mina colocada en el mismo filón y que era prolongación Norte de la denunciada por él, cuando el día 7 de febrero de 1934, o sea, un día después de la fecha del memorial de adición del demandado, procede a denunciar nuevamente la mina de "La Rica", declarándola como abandonada por el denunciante, Arbeláez y Bufalini.

Ya se tiene planteada la controversia entre actor y opositor respecto de un rectángulo del mismo filón de oro, dado que las dos minas avisadas eran aledañas y colindaban por el Norte. De allí provino que, cuando se dio por la Gobernación la orden de darle posesión a Salazar de "La Rica", se opusiera a esa diligencia Arbeláez, fundado en que su denuncio de la mina "El Porvenir" estaba en curso y había cumplido con los términos y las prescripciones legales.

Para decidir si incide en casación la causal alegada y si efectivamente se violaron los preceptos legales indicados, resta sólo esclarecer, al tenor de esas mismas normas, cuál era la posición adqui-

rida por cada una de las partes respecto de las minas denunciadas. Tal cuestión se concreta así, con vista de los elementos probatorios del proceso.

a) El denuncio presentado por el actor y recurrente Salazar el 14 de noviembre de 1932 quedó desierto por abandono de la mina, debido a que durante el año subsiguiente no practicó las diligencias para darle curso, como lo ordena el artículo 4º de la Ley 59 de 1909. Así lo declaró la Gobernación del Tolima en el certificado que obra al folio 5 del cuaderno 4, que dice: "Que la mina denominada 'La Rica', ubicada en el municipio de Anzoátegui, denunciada el 14 de noviembre de 1932 por los señores Carlos E. Salazar, Jesús Arbeláez y Loreto Angeli Bufalini, fue abandonada por haber transcurrido más de un año desde la presentación del denuncio, sin haberse hecho practicar dentro de ese término las diligencias conducentes a darle curso a éste, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 59 de 1909".

b) Debido a la anterior decisión administrativa, bien podía Arbeláez adicionar su denuncio el 6 de febrero de 1934, y con aplicación en lo dispuesto en el art. 19 del Decreto número 761 de 1887, fijar como base para el rectángulo de su mina tres pertenencias medidas hacia el Norte y que comprendían en parte la mina "La Rica".

c) Cuando el 7 de febrero de 1934 vino Salazar a denunciar por tercera vez "La Rica", ya era extemporáneo, porque ya había pedido Arbeláez la fijación de una base precisa para la latitud y medida del rectángulo, que no permitía que prosperara un nuevo denuncio dentro de tal perímetro. Así lo estatuye la parte final del artículo 19 del Decreto número 761, antes transcrito, cuando dice: "Si se quedare desierta o abandonada la mina primitiva antes de dar la posesión, el denunciante de la continuación se reputará como primitivo denunciante y tendrá los derechos que concede el artículo 26 del Código".

En tales consideraciones de hecho, que están fundadas en textos de nuestro derecho minero, se basó Arbeláez para oponerse a la posesión, entrega y titulación de la mina "La Rica", cuando iba a surtirse tal diligencia por el Alcalde de Anzoátegui el 25 de julio de 1934. Para esa fecha, el último denuncio de Salazar, del 7 de febrero de tal año, no debía prosperar porque la mina disputada estaba abandonada por él, según certificación de la Gobernación, y a la sazón estaba ya cursando un denuncio adicionado de Arbeláez, sobre pertenencias de esa misma mina.

Se deduce del análisis probatorio que acaba de hacerse que no se han violado por el Tribunal sentenciador los artículos 117, 118, 122 y 286 del C. de M.; con menor razón esta última norma, que sólo tiene aplicación cuando ya se ha dado la posesión de una mina y se ha otorgado el título correspondiente, puesto que el pago del mal llamado impuesto de estaca tan sólo comienza en el año de la posesión y no se contempla en los autos tal circunstancia, ni se está en presencia de una disputa sobre cumplimiento de tal requisito fiscal, entre copartícipes en la explotación de una mina. No se ha señalado por el recurrente violación de ley sustantiva, por interpretación indebida o errónea o por falta de interpretación de los elementos probatorios traídos a los autos. Es forzoso, con vista de esas razones, concluir que no incide la causal alegada y que debe desestimarse por inoperante.

Fallo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Ibagué el día 15 de marzo de 1938, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—INSTRUMENTO PRIVADO — RATIFICACION DE TESTIMONIOS. — ASIGNATARIOS A TITULO UNIVERSAL. — DEUDAS HEREDITARIAS.—REGISTRO DE LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS. — COSA JUZGADA.— COSTAS.

1.—El instrumento privado no tiene mérito de prueba por sí solo, con excepción de los instrumentos negociables según el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, y solamente la adquiere con la fuerza que corresponde a la confesión judicial cuando ha sido legalmente registrado o reconocido expresa o tácitamente por la persona obligada y en las condiciones de la ley. Desde luego que el instrumento privado no hace fe en sí mismo y puede ser objeto de impugnación por la parte contra quien se invoca, es necesario, para que tenga valor en juicio como prueba, que se haya demostrado su autenticidad en alguna de las formas autorizadas por la ley. — 2.—Los testimonios para cuya apreciación exige la ley que se hayan pedido o ratificado en el correspondiente término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repreguntes y ejerciten su derecho de infirmar la prueba (art. 693, C. J.), son las declaraciones de nudo hecho, esto es, las rendidas fuera de juicio, sin citación ni audiencia de la parte contraria, sumariamente. — 3.—La presunta violación del artículo 593 del C. J. no da base ni posibilidad a la violación legal que abre el camino al estudio de la casación que necesariamente ha de versar sobre un precepto determinado de la ley sustantiva. — 4.—Los asignatarios a título universal, sean llamados al total o a una cuota de la universalidad, son herederos y representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles, entre éstas, las que nacen de los delitos o cuasidelitos, que se trasmiten a los herederos activa y pasivamente consideradas de tal modo que pueden pedir la indemnización correspondiente al difunto, y están obligados, en su caso, a pagar la que él debía. (Artículos 2342 y 2343 del C. C.). Las deudas hereditarias, esto es, las que lleva consigo la herencia, se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, o se pagan por el único heredero instituído.— 5.—El objeto del registro establecido por la ley para las sentencias definitivas y ejecutoriadas recaídas en negocios civiles que no causan traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces, no puede ser otro de acuerdo con la disposición legal que lo determina (artículo 2636, C. C.), que el estrictamente probatorio de dar mayores garantías y autenticidad y seguridad al fallo, haciendo intervenir en su guarda mayor número de funcionarios, precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos existiera solamente en la oficina judicial en que fueron protegidos; pero en ninguna forma se vincula esta finalidad del registro con la validez y mérito de las sentencias mismas que tienen y conservan su valor propio y su imperio independientemente del hecho o formalidad de la inscripción, destinada a un objeto mera-

mente conservatorio. — 6. — Cosa juzgada es la cuestión jurídica discutida plenamente en juicio y resuelta por sentencia que deba cumplirse. La resolución judicial que conlleva la autoridad y fuerza de la cosa juzgada es la que ha decidido definitivamente sobre la controversia que constituyo la materia del juicio o sobre lo principal de éste, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. La presunción de verdad que da vida a la cosa juzgada no existe sino dentro de los límites de la cuestión que se ha fijado por el juez en la sentencia; más allá de estos términos no existe la cosa juzgada, esterilizante de la jurisdicción. — 7.—Sólo excepcionalmente puede dar lugar la condena en costas al estudio de casación como cargo por violación legal de una sentencia, porque siendo siempre las costas cosa accesoria del derecho principal deducido en el pleito, las cuestiones relativas a su reconocimiento no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, y porque la condenación a su pago está subordinada a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho controvertido, de modo que es ese derecho el que debe atacarse y no la condena en costas, que es ya la represión legal a la temeridad con que aquel derecho fue ejercitado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero quince de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca)

Antecedentes

Por los años de 1916, 1917 y 1918, Honorato Agustín Sabogal celebró varios contratos de mutuo con interés con Luis G. Páez, el primero como deudor y el segundo como acreedor, contratos que se hicieron constar con los requisitos de ley en varios instrumentos privados.

Estos pagarés o documentos contentivos de los contratos fueron cedidos por el acreedor Luis G. Páez, según aparece de las correspondientes notas de cesión escritas en ellos, a Rómulo Escobedo, por igual valor recibido, el 18 de abril y el 1º de mayo de 1918.

El cesionario Escobedo, luégo de notificar legalmente la cesión al deudor el 12 de febrero de 1919, inició contra Sabogal, ante el Juzgado 7º Civil de este Circuito, acción ejecutiva para el cobro de las obligaciones mutuarias, y le denunció para el pago un crédito del ejecutado contra Cayetano González por al suma de $ 5,760 y sus intereses desde 1905, crédito que fue avaluado en la ejecución en la suma de $ 200 y rematado judicialmente.

Afirma Honorato Agustín Sabogal que él había pagado ya a su acreedor cedente el valor total de estas obligaciones desde el 12 de diciembre de 1918, como consta del recibo expedido por Luis G. Páez en esa fecha y firmado por él ante testigos, traído al juicio por Sabogal con su demanda. Explica éste que el referido pago lo verificó en esta ciudad de manera ocasional y que por la circunstancia de que su acreedor Páez vivía en Chapinero le expidió el citado recibo y le prometió entregarle los documentos cancelados dentro de seis días. Como no le cumpliera la promesa dentro de este término fue personalmente a recogerlos a casa de Páez y lo encontró en estado de gravedad, por lo cual no le fue posible ni verlo. Murió Luis G. Páez sin hacerle entrega de los documentos a Sabogal, los cuales aparecieron cedidos a Rómulo Escobedo, sin noticia del deudor, y con ellos se adelantó cobro judicial ejecutivo en la forma ya dicha.

Luis G. Páez instituyó en su testamento como su heredero único y universal al "Instituto Homeopático Luis G. Páez o Sociedad Hannemaniana", fundado por él, con personería jurídica, y reconocido como tal heredero en su juicio sucesoral,

cursante en el Juzgado 6º Civil de este Circuito.

Con apoyo en estos hechos, Honorato Agustín Sabogal, en su propio nombre y en libelo de fecha 1º de febrero de 1935, demandó ante el Juzgado 6º de este Circuito, por la vía ordinaria, al "Instituto Homeopático Luis G. Páez", persona jurídica representada por su presidente, en su calidad de heredero universal de Luis G. Páez, para que se le condene a pagarle al actor la suma de $ 5.760 con sus intereses en 19 años y 10 meses y hasta que se verifique el pago, más las costas del juicio, como indemnización por los perjuicios que le causó el finado Luis G. Páez por haber cedido a Rómulo Escobedo varios documentos por sumas que le había debido pero que ya le había pagado a su acreedor Páez, quién le expidió el correspondiente recibo en que se expresó que los documentos quedaban cancelados.

Surtidos los trámites de la primera instancia, dictó sentencia definitiva el Juzgado del conocimiento el 8 de febrero de 1937, y en ella condenó al Instituto demandado, como heredero de Luis G. Páez, al pago de la indemnización demandada sin expresión de su cuantía, y a las costas del grado.

La sentencia acusada

Contra la sentencia del Juzgado del Circuito interpusieron apelación ambas partes, pero el actor desistió del recurso, de modo que sólo el demandado atacó el fallo ante el Tribunal. Decidió éste la segunda instancia del juicio en sentencia fechada el 3 de febrero de 1939, confirmando en todas sus partes el fallo apelado y añadiendo a la condena el valor de las costas de la instancia.

Esta sentencia considera en primer término la cuestión de la personería sustantiva y adjetiva de las partes litigantes y no encuentra reparo qué hacer a este respecto. Estudia a continuación las pruebas aducidas por las partes en abono de sus pretensiones, especialmente el recibo a que ya se hizo referencia, presentado por el actor con su demanda, fechado el 12 de diciembre de 1918 y que aparece suscrito por Luis G. Páez ante dos testigos, y después de advertir que no tuvieron buen éxito los esfuerzos probatorios hechos por el demandado para destruír la autenticidad de este recibo, abonado por los testigos, le concede valor de prueba plena para tener por establecido el hecho del pago alegado por el demandante, como fundamento esencial de su acción. Con aplicación de los principios generales de derecho sobre responsabilidad por culpa extracontractual llega el Tribunal a concluír que Luis G. Páez, causante del demandado, causó por su culpa perjuicios evidentes al actor Honorato Agustín Sabogal, quien por no habérsele notificado la cesión ya referida podía pagar válidamente a su acreedor original como lo hizo, consistente en el hecho culposo de haber recibido de su deudor el pago de unos créditos que con anterioridad al 12 de diciembre de 1918 ya había cedido a Rómulo Escobedo por capital e intereses, cesión que le ocultó. Esta conducta de Páez fue indudablemente la causa de que el demandante Sabogal se viera envuelto en la ejecución que el cesionario le adelantó y en la que obtuvo el doble pago de esas obligaciones con el producto del remate por menos precio de unos créditos de consideración contra persona no solamente solvente sino rica. El Tribunal encuentra establecida, en este problema de responsabilidad la relación de causalidad entre el hecho imputado y el perjuicio sufrido, y también la culpa de Páez, representada, si no en la malicia al ceder los créditos, por lo menos en la negligencia con que obró al no darle aviso de la cesión a su deudor y en haber recibido el pago con silencio de esta circunstancia.

Con relación a la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandado, primero como dilatoria y luégo como perentoria con fundamento en una sentencia proferida en juicio ordinario del actor contra el demandado sobre las mismas pretensiones de este pleito, se niega a reconocerla el Tribunal por considerar que no

hay lugar a estudiar a fondo la cuestión porque las sentencias traídas al proceso para fundar la defensa carecen del requisito indispensable de su inscripción en el registro de instrumentos públicos.

Esta sentencia, así resumida, es la acusada en el recurso de casación que hoy se falla, oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandada.

El recurso

Se apoya el recurso de casación en el primero de los motivos que señala el art. 520 del C. J., y los cargos por violación de ley sustantiva de que acusa el recurrente a la sentencia, diluídos y repetidos en quince capítulos de la demanda de casación, se ordenan y compendian en la siguiente forma para considerarlos con la debida separación.

a) Violación de los artículos 1761, 2341, 2343, 2356 del C. C. y 637, 645, 649, 693 y 697 del C. J., en que incurrió el Tribunal al afirmar y concluír que el recibo que ha obrado en los autos como expedido y suscrito por Luis G. Páez para cancelar las obligaciones mutuarias de Honorato Agustín Sabogal hace plena prueba del pago, a pesar de haber sido tachado de falso por el demandado y sin que su autenticidad hubiera sido demostrada por la parte que lo adujo como prueba y por haberle dado fecha cierta a este documento como si no hubiera sido redargüído de falso. El quebranto de las dos últimas disposiciones citadas se afirma como consecuencia del error de derecho cometido al apreciar erróneamente la sentencia los testimonios de Delfín Restrepo y Félix Moreno, cuyas firmas aparecen en el precitado recibo, sobre el hecho de haberlo firmado Páez y rogándoles que lo firmaran, a pesar de no haberse pedido sus declaraciones oportunamente el término probatorio ni haber sido ratificadas en el curso del juicio.

Se considera:

De acuerdo con el derecho probatorio, el instrumento privado, en cuya confección no interviene ningún funcionario público sino personas particulares, es un documento que por esta razón queda expuesto a sufrir fácilmente alteraciones de todo orden. No tiene por su origen ningún sello propio de autenticidad, a diferencia de lo que acontece con los instrumentos públicos, que en consideración a la fuente oficial de donde provienen y a la fe de los funcionarios del Estado que intervienen en su creación, conllevan la prueba de su autenticidad como calidad presumida por la ley. El instrumento privado no tiene mérito de prueba por sí solo, con excepción de los instrumentos negociables según el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, y solamente lo adquiere con la fuerza que corresponde a la confesión judicial cuando ha sido legalmente registrado o reconocido expresa o tácitamente por la persona obligada y en las condiciones de la ley. Importan estas nociones por el fenómeno probatorio que se opera en los casos de impugnación judicial de un instrumento privado, que al ser impugnado por la parte contra quien se exhibe queda desnudo de toda fuerza demostrativa, y obligado quien lo aduce o presenta, que es quien afirma su autenticidad, a demostrarla. No acontece esto mismo cuando la impugnación se refiere a un instrumento público, porque hay entonces en favor de él una presunción legal de autenticidad que debe destruír quien la ataca, y que no ampara a los instrumentos privados, de modo que quien los impugna no echa sobre sí obligación probatoria ninguna.

En el caso de autos, en relación con el recibo aducido por el actor como suscrito por Luis G. Páez, da cuenta el expediente de que por la parte demandada, contra quien se ha exhibido en el juicio, se puso en duda su autenticidad desde la primera instancia del pleito ya que alguna de las pruebas pedidas por ella en el término correspondiente se enderezaba a demostrar la falsedad de la firma del otorgante mediante prueba pericial de cotejo, que no se practicó por voluntaria omisión de quien la solicitó. En la segunda instancia ya se objetó de falso el mentado recibo

por el apoderado del demandado en memorial de pedimeto de pruebas, entre las que se solicitó nuevamente la pericial de calígrafos que otra vez quedó sin practicar por no haber provcido quien la pidió a lo necesario para su realizaciôa. No se formó ni tramitó incidente de tacha como lo ordena la ley de procedimiento ni se demostró nada en relación con la falsedad del instrumento cuestionado por que no se practicaron las pruebas destinadas al efecto.

Desde luego que el instrumento privado no hace fe en sí mismo y puede ser objeto de impugnación por la parte contra quien se invoca, es necesario, como ya se dijo, para que tenga valor en juicio como prueba que se haya demostrado su autenticidad en alguna de las formas autorizadas por la ley. El recibo en mención no ha sido reconocido en este juicio, ni antes de él, ni en los anteriores en que figuró, según noticias procesales, por su otorgante o autor, quien para entonces había ya fallecido. Es equivocada e inexacta, por tanto, la afirmación de la sentencia de que respecto de este instrumento se obró el ferómeno jurídico del reconocimiento tácito establecido en el artículo 645 del C. J., sobre la circunstancia de haber figurado en autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, sin ser objetado o redargüído de falso, porque no habiendo intervenido en el juicio su otorgante o autor su reconocimiento no era posible, y porque sí hay constancia en el expediente de que su autenticidad fue objeto de rechazo por parte del demandado.

Pero no obstante la equivocación en que incurrió el Tribunal en la apreciación del mérito probatorio de este instrumento privado al fundar su aceptación, en parte, en el hecho negativo contemplado en el citado artículo 645 del C. J., no es posible llegar a la solución de casar la sentencia por este error de derecho, porque la autenticidad del recibo de que se trata, sobre la cual se asienta el fallo acusado, resulta acreditada fehacientemente por otro aspecto probatorio analizado y utilizado también en la sentencia y producido por la parte obligada al probar su legitimidad.

Se trata aquí de la apreciación hecha de la prueba testimonial en abono del hecho de que el otorgante Páez firmó el recibo. Este instrumento, como se ve de las copias auténticas de actuaciones judiciales presentadas con la demanda, obró en el juicio ejecutivo que Rómulo Escobedo, cesionario y causahabiente de Luis G. Páez, adelantó contra Honorato Sabogal para el pago de sus obligaciones mutuarias referidas por haber sido opuesto por el ejecutado como prueba de la excepción de pago que propuso, pago que fue tenido como cierto aunque no efectivo por circunstancias vinculadas a su fecha que en este juicio carecen de importancia. En esa ejecución, para demostrar la legitimidad del instrumento privado que se exhibía como prueba del pago, se recibieron en legal forma las declaraciones de los testigos Restrepo y Moreno, cuyas firmas aparecen al lado de la de Luis G. Páez en el recibo mencionado. En la sentencia de excepciones se dijo en calificación de este instrumento:

"En el presente caso el recibo otorgado por el señor Luis G. Páez a favor del señor Agustín Sabogal, que lleva fecha doce de diciembre de mil novecientos diecioche, presta mérito probatorio al tenor de lo que dispone el artículo 703 del C. J. (el antiguo) porque fue firmado ante dos testigos rogados por Páez señores Delfín Restrepo y Félix María Moreno y esos testigos en el término probatorio del incidente, en los días nueve y veintitrés de abril del año en curso (1920), rindieron su declaración jurada, diciendo que vieron que el señor Páez firmó el documento y que él mismo les rogó para que lo autorizaran como testigos; de suerte que de acuerdo con la disposición acabada de citar tal recibo hace plena prueba acerca de su contenido. Si el recibo hace plena prueba acerca de su contenido puede dársele el valor de escritura pública respecto

del señor Páez y de las personas a quienes se ha transferido la obligación".

Estas conclusiones del fallo de primer grado merecieron la plena confirmación del Tribunal, en cuya sentencia de segunda instancia se lee:

"Los testigos que aparecen firmados en el recibo que acaba de transcribirse, reconocieron con las formalidades legales y en el término de prueba, sus firmas puestas al pie de aquél, declarando al mismo tiempo que vieron firmar el recibo al expresado señor Páez y que fueron rogados por éste para que firmaran el mencionado recibo como testigos. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, y las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, etc. El recibo presentado por el excepcionante Sabogal tiene el carácter de documento privado (artículo 691 del C. J.) y ese documento hace plena fe sobre su contenido porque respecto de él se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 703 ibídem".

Estas sentencias sobre excepciones, de las que se han destacado los preinsertos párrafos, lo mismo que las declaraciones rendidas por Delfín Restrepo y Félix María Moreno con el lleno de las formalidades legales en el incidente exceptivo, figuraron en copia auténtica y acompañando a la demanda en el juicio ordinario que el actor Sabogal adelantó contra el Instituto demandado ante el Juzgado 7º Civil de este Circuito sobre los mismos extremos que se controvierten en este pleito. La prueba testimonial de que se trata, se produjo, pues, dentro de un juicio con observancia de todos los trámites y requisitos de ley y en que fue parte el cesionario de Luis G. Páez, su sucesor en el derecho que se debatía. Figuró luégo esta misma prueba en copia auténtica en el juicio ordinario a que se ha hecho referencia, en que fueron parte los mismos que hoy se enfrentan en este litigio, y en que ha sido demandado Luis G. Páez representado por su sucesor a título universal.

Los testimonios para cuya apreciación exige la ley que se hayan pedido o ratificado en el correspondiente término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repreguntenn y ejerciten su derecho de infirmar la prueba (artículo 693 C. J.), son las declaraciones de nudo hecho, esto es, las rendidas fuera de juicio, sin citación ni audiencia de la parte contraria, sumariamente. Pero no es este el caso de ocurrencia en los autos: porque ya se vio que las exposiciones testimoniales de Restrepo y Moreno en que afirman bajo juramento que vieron firmar al otorgante Páez el recibo y que ellos lo firmaron a ruego de él, fueron producidas como prueba en un juicio en que Luis C. Páez estaba jurídicamente presente en la persona de su cesionario, rendidas con citación y audiencia de éste y con observancia de todas las fórmulas que garantizan la veracidad del testimonio. No son, por tanto, los suyos testimonios de nudo hecho. Es una prueba de testigos perfecta pedida y practicada en juicio entre las mismas partes, y traída a este debate judicial con la demanda en copia auténtica, y reproducida además en la misma forma a pedimento de parte y por orden judicial en el respectivo término de prueba.

Estas declaraciones de testigos traídas al expediente en la forma legal y provenientes de otro juicio en que no estuvo ausente la parte que hoy las combate, en su modo de presentación, no en su verdad, constituyen un acto jurídico auténtico, cumplido y calificado de acuerdo con disposiciones legales; su mérito probatorio proviene de su valor en sí mismas y no hay razón legal ninguna para negarles su admisibilidad.

En estas condiciones, no incurrió en error de derecho el Tribunal al darle fe plena al recibo suscrito por Luis G. Páez, porque la autenticidad de este instrumento privado, contra la cual no se produjo en realidad ninguna prueba por quien la atacó, sí resulta acreditada por quien lo exhibió, como consecuencia de haber establecido plenamente el hecho de que su

autor u otorgante Páez sí lo firmó en las circunstancias en que aparece en los autos.

Carece, por lo visto, de fundamento el cargo.

b) Violación de los artículos 593, 594, 596, 601, 662 y 665 del C. J. como consecuencia de errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador por haber estimado las copias de los testamentos otorgados por Luis G. Páez, la resolución ejecutiva sobre personería jurídica del instituto demandado y copias traídas del Juzgado 6º del Circuito sobre declaratoria de heredero de Luis G. Páez, como suficiente y legal demostración de la existencia y fundación del "Instituto Homeopático Luis G. Páez", demandado en este pleito.

Se considera:

De los diversos documentos, todos públicos y auténticos, aducidos por el actor con su demanda y a que hace referencia este cargo inválido, aparece que Luis G. Páez, natural del Municipio de Buenavista, en el Departamento de Boyacá, por medio del instrumento público número 2384, pasado ante el Notario 2º de Bogotá el 7 de diciembre de 1914, y debidamente registrado, fundó el Instituto Homeopático a que dio su nombre. El 18 de febrero de 1915, según se ve del Diario Oficial número 15,443 del 16 de marzo de 1915 que obra en autos con la autenticación que entonces se requería, a petición de Luis G. Páez en su carácter de fundador del mencionado Instituto y en vista de los estatutos insertos en el instrumento de fundación, el Poder Ejecutivo, por medio de resolución, reconoció personería jurídica a la institución. Por medio de la escritura pública número 855 de 14 de agosto de 1918, de la Notaría 4ª de Bogotá, Luis G. Páez otorgó testamento público y en él, en su cláusula 4ª, instituyó "como su único y universal heredero" al Instituto Homeopático Luis G. Páez o Sociedad Hannemaniana", fundada por él. Muerto Luis G. Páez el 21 de junio de 1919 como consta del certificado expedido por el cura párroco de Chapinero, fue iniciado el juicio de sucesión correspondiente ante el Juzgado 6º Civil de este Circuito, en el cual, según aparece de las copias auténticas traídas al juicio, en providencia del 14 de diciembre de 1922 fue reconocido el Instituto como heredero testamentario de Luis G. Páez y se dio por aceptada la herencia con beneficio de inventario.

Todos los instrumentos públicos en que constan estos hechos vinieron al juicio en debida forma con la demanda, de modo que su estimación debía hacerse en la sentencia sin necesidad de más requisitos. Su sola enunciación y recuento pone a la vista la sinrazón del cargo, porque es precisamente de la acertada estimación del mérito legal que corresponde a estas pruebas de donde dedujo el Tribunal la existencia legal de la personería jurídica demandada. Por lo demás, los textos que se señalan como infringidos aquí adolecen de impertinencia, y la mayoría de ellos por la naturaleza de las disposiciones que contienen, normas generales de derecho probatorio, no son susceptibles de quebranto en forma conducente a la casación.

c) Violación de los artículos 593 y 648 del C. J. como resultado del error de derecho en que incurrió el sentenciador al aceptar como prueba suficiente y legal de los créditos de Luis G. Páez contra el demandante Honorato Agustín Sábogal y de sus cesiones a Rómulo Escobedo, las copias de los documentos en que constaban, en vez de los instrumentos originales como lo manda la ley.

Se considera:

La primera de estas disposiciones legales, señaladas como infringidas en la sentencia, consagra el principio universal de ciencia probatoria, de que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en la ley. Ya se dijo que un precepto legislativo como éste, contentivo de una fórmula general de doctrina

jurídica, no da base ni posibilidad a la violación legal que abre el camino al estudio de la casación que necesariamente ha de versar sobre un precepto determinado para poder deducir su infracción directa, su aplicación indebida o su errónea interpretación, para realizar su fin principal de unificar la jurisprudencia nacional.

Respecto del artículo 648 del C. J., que establece la regla general de que los documentos privados se presentan originales y señala los casos excepcionales en que se admiten en copia con el mismo valor, la simple lectura de su texto es la mejor razón para el rechazo del cargo, porque lo ocurrido en autos realiza precisamente uno de los casos contemplados y autorizados como excepciones a la regla general, pues los documentos a que se alude llegaron al proceso en copias expedidas por orden judicial, tomadas del juicio ejecutivo que Rómulo Escobedo adelantó contra Honorato Sabogal en el Juzgado 7º de este Circuito, en el que figuraron tales instrumentos como recaudo ejecutivo por cesión hecha por el acreedor Páez al ejecutante. Por lo demás, el cargo por infracción de este precepto es inconducente porque no es disposición sustantiva, sino meramente procedimental o normativa de la manera de allegar a juicio los instrumentos privados. Pero es que además de estas razones para desestimar el cargo, se puede advertir también que los documentos en referencia no han sido traídos a este juicio para acreditar la existencia de las obligaciones mutuarias en ellos recogidas, sino el hecho de que ellos sirvieron de recaudo en el juicio ejecutivo en que se hicieron efectivas por Escobedo como cesionario de Luis G Páez, y este hecho resulta evidenciado por múltiples elementos probatorios que ni siquiera se mencionan en la demanda de casación.

d) Violación de los artículos 1008, 1411, 2341, 2343, 2352 y 2356 del C. C., como resultado del error en que incurrió el Tribunal al aceptar en su sentencia que estuvo bien demandado el "Instituto Homeopático Luis C. Páez" en su calidad de heredero de Luis G. Páez en un juicio sobre indemnización por responsabilidad civil, sin parar mientes en que el Instituto demandado sólo fue instituído heredero en el remanente de los bienes, en que aceptó la herencia con beneficio de inventario, y en que la sucesión en que fue instituído heredero no ha sido aún liquidada de acuerdo con la ley, por lo cual la demanda debió dirigirse contra la sucesión y no contra el heredero personalmente.

Se considera:

"Es mi voluntad instituir, como en efecto instituyo, como mi único y universal heredero del remanente de mis bienes, derechos y acciones y de todo lo que antes de mi muerte adquiera, esto es, de todo lo que quede después de pagar los legados y mandas que en cláusulas separadas haré en este mismo testamento, y después de pagar los gastos íntegros del juicio de sucesión al "Instituto Hemeopático Luis G. Páez o Sociedad Hanemaniana".

En estos términos está concebida la cláusula 4ª del testamento otorgado por Luis G. Páez el 14 de agosto de 1918, ante el Notario 4º de Bogotá por medio de la escritura pública número 855, traída al juicio con la demanda en copia auténtica debidamente registrada.

La consideración de las consecuencias y efectos jurídicos que se desprenden de la institución testamentaria hecha en los precitados términos, a la luz de las leyes civiles sustantivas y en relación con las pretensiones deducidas en este juicio, no revelan ninguna violación legal en que incurriera el Tribunal al proferir sentencia condenatoria en este juicio de indemnización por responsabilidad civil por hecho del causante Luis G. Páez, adelantado, en representación de él, con su heredero universal.

En efecto, los asignatarios a título universal, sean llamados al total o a una cuota de la universalidad, son herederos y representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, entre éstas, las que nacen de los delitos o cuasi-delitos,

que se transmiten a los herederos activa y pasivamente consideradas de tal modo que pueden pedir la indemnización correspondiente al difunto, y están obligados, en su caso, a pagar la que él debía (arts. 2342 y 2343 del C. C.). Las deudas hereditarias, esto es, las que lleva consigo la herencia, se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, o se pagan por el único heredero instituído. El Instituto es heredero universal, porque a pesar de serlo instituído en el remanente, todas las otras disposiciones hechas por el testador, excepto la del remanente, son a título singular. El beneficio de inventario con que aceptó y tenía que aceptar por tratarse de una persona jurídica, apenas establece una limitación en la responsabilidad del heredero que no queda obligado al pago de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que ha heredado, pero en nada modifica o altera su condición jurídica de continuador de la persona del de cujus.

La cita del artículo 2352 del C. C. es impertinente al caso de estudio, porque allí se contempla un caso de responsabilidad por el hecho de otro. Las demás disposiciones que se dicen violadas, referentes a la responsabilidad civil por culpa extra-contractual o aquiliana, no se mencionan en la demanda como víctimas de infracción directa, sino como quebrantadas por consecuencia del error de derecho que se le imputa al Tribunal por haber tenido como demostrado el pago de las obligaciones mutuarias de Honorato Agustín Sabogal a Luis G. Páez sobre el mérito probatorio que le concedió al recibo del 12 de diciembre de 1918, de que atrás se habló, y a las copias de los documentos en que se hicieron constar esas obligaciones. Este cargo por error de derecho ya quedó estudiado.

La demanda, finalmente, no se enderezó contra el Instituto Homeopático Luis G. Páez, personalmente, como se afirma inexactamente en la demanda de casación, sino contra la "persona jurídica en su carácter de heredero universal del doctor Luis G. Páez", lo cual equivale, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, a haber demandado a la sucesión misma, si en este caso la de Luis G. Páez está aún ilíquida, cosa que no aparece de autos. Sobre el carácter jurídico de "la sucesión" para estos efectos de personería puede consultarse la doctrina de la Corte consignada en sentencia del 31 de agosto de 1936. (T. XLIII, página 778);

e) Violación de los artículos 1769, 2652, 2673 del C. C. y 468, 473, 601, 605 y 606 del C. J. en que se incurrió en la sentencia al negarse el Tribunal a aceptar o dar por establecida o probada la excepción de cosa juzgada propuesta oportunamente por el demandado, con la única razón de que las sentencias que se trajeron en su comprobación al juicio, carecen de la nota de registro correspondiente, toda vez que este requisito es innecesario tratándose de las mismas partes que litigaron en el juicio en que tales fallos fueron proferidos, respecto de las cuales basta que tengan el carácter de firmes y ejecutoriadas, y porque las sentencias proferidas no tenían por qué ser inscritas en el registro ya que en ellas no se declara ninguna obligación, sino que son simplemente absolutorias. Se hace consistir también la violación de algunas de estas disposiciones en el error de hecho en que se dice incurrió el Tribunal al no haber tenido por probada la cosa juzgada con la confesión del actor dada al contestar el traslado de las excepciones dilatorias propuestas.

Se considera:

El objeto del registro establecido por la ley para las sentencias definitivas y ejecutoriadas recaídas en negocios civiles, que no causan traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces, no puede ser otro de acuerdo con la disposición legal que lo determina (artículo 2636, C. C.), que el fin estrictamente probatorio de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad al fallo, haciendo intervenir

en su guarda mayor número de funcionarios, precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos existiera solamente en la oficina judicial en que fueron proferidos; pero en ninguna forma se vincula esta finalidad del registro con la validez y mérito de las sentencias mismas que tienen y conservan su valor propio y su imperio independientemente del hecho o formalidad de la inscripción, destinada, como se ha recordado, a un objeto meramente conservatorio. Los efectos y consecuencias que jurídicamente corresponden a una sentencia judicial de la especie de que se trata no se condicionan con su registro, y se producen plenamente entre las partes que controvirtieron en el juicio en que fue dictada sin más requisitos que su ejecutoria en la forma legal. Para que se surtan los efectos que la ley adscribe a la cosa juzgada, en otro juicio, de hacer absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, no se necesita esencialmente sino una sentencia firme dada en materia contenciosa y en juicio en que se reúna la triple identidad del objeto, las causas fundamentales y la identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

Rectificada así la razón que usó el Tribunal para negarse a entrar en el estudio a fondo de la cuestión excepti va, no se afecta sin embargo la decisión a que llegó sobre este particular, porque bien considerado el punto, no se puede deducir en este caso la existencia de la cosa juzgada capaz de paralizar la nueva acción, pues la sentencia que se ha aducido para demostrarla, según su propio contexto, no estatuyó en realidad sobre el derecho o la pretensión que se ha agitado en este pleito.

Cosa juzgada es, en efecto, la cuestión jurídica discutida plenamente en juicio y resuelta por sentencia que deba cumplirse. La resolución judicial que con-lleva la autoridad y fuerza de la cosa juzgada es la que ha decidido definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. La presunción de verdad que da vida a la cosa juzgada no existe sino dentro de los límites de la cuestión que se ha fijado por el Juez en la sentencia; más allá de estos términos no existe la cosa juzgada, esterilizante de la jurisdicción.

Realmente la demanda presentada por el mismo actor Sabogal contra el mismo demandado Instituto Homeopático Luis G. Páez, con que se dio comienzo al juicio ordinario que se surtió ante el Juzgado 7º Civil de este Circuito, tiene el mismo objeto é iguales fundamentos a los del libelo inicial de este pleito, pero a pesar de que ambos se refieren a una cosa idéntica, no se pueden deducir los elementos constitutivos de la cosa juzgada, porque el objeto sobre que versó la sentencia que finalizó aquel juicio no comprende ni afecta el objeto que es materia de la nueva demanda; en efecto, como aparece de la sentencia definitiva de segunda instancia que desató el primer juicio, traída en copia auténtica a los autos, única prueba conducente en materia de cosa juzgada, lo que se advierte para rechazar el cargo de violación de los artículos sobre confesión, el fallo del Tribunal no versó propiamente sobre la controversia que constituía la materia del juicio sino que detuvo su decisión en punto relacionado con la personería de la parte demandada, lo mismo que había hecho el Juez de primer grado, aunque por otro aspecto, y con fundamento en esta falta de uno de los presupuestos procesales indispensables para dictar sentencia propiamente dicha, absolvió al demandado. Esta absolución, apoyada en un motivo que precisamente cerró la puerta a la consideración y análisis de la cuestión controvertida o de fondo, no constituye cosa juzgada para la cuestión de responsabilidad civil por culpa extracontractual, que es la materia sobre la que estatuye el fallo en estudio.

Por estas razones, no se considera fundado el cargo.

f) Finalmente, se señala como violado el artículo 575 del C. J. por haber conde-

nado el Tribunal al demandado en las costas del segundo grado, sin expresar en la sentencia ninguna razón justificativa de esta condena, que pusiera de presente la temeridad o malicia de la defensa.

Se considera:

La condenación en costas a que se refiere este cargo la hizo el Tribunal de acuerdo con el numeral 2º del artículo 575 que establece la condenación mecánica en costas contra la parte que pierde ante el Superior, el recurso de apelación que ha interpuesto. Pero a más de esto, conviene recordar que en repetidas ocasiones ha dicho esta Sala que sólo excepcionalmente, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede la condena en costas dar lugar y materia al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia, porque siendo siempre las costas cosa accesoria del derecho principal deducido en el pleito, las cuestiones relativas a su reconocimiento no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, y porque la condenación a su pago está subordinada a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho controvertido, de modo que es este derecho el que debe atacarse y no la condena en costas, que es ya la represión legal a la temeridad con que aquel derecho fue ejercitado. Por lo demás, no es acusación conducente la sola afirmación de que no se expresó en la sentencia ninguna razón justificativa de la condena, demostrativa de la temeridad o malicia de la defensa, porque la apreciación de estas condiciones, a falta de reglas que la determinen, la ha dejado la ley a la arbitraria apreciación de los Tribunales, y de este modo fuera del alcance normal de la casación.

Con apoyo en las consideraciones que quedan expuestas, 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 3 de febrero de 1939, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez. — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION. — SIMULACION. — ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE SIMULACION. — TEORIA DEL MANDATO.— REPRESENTACION. — NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE UNA DE LAS PARTES.

1.—Ninguna norma de nuestro sistema civil se opone a que jurídicamente se puedan ocultar los actos que ejecutados públicamente serían perfectos. No hay razón para erigir en prohibición el hecho de disimular por medio de actos jurídicos el verdadero fin propuesto, o de perseguir este fin por medios sustitutivos, mientras éstos no sean ilícitos ni extralimiten la ley, porque en general no está prohibido ocultar los negocios al público. De ahí por qué se ha dicho que ni la simulación ni el uso de medios jurídicos sustitutivos son, en sí mismos, ilícitos. Si el acto privado u oculto reúne todos los elementos generales que exige la ley para la validez de todo acto o contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitos), ese acto tiene plena validez entre las partes que lo convinieron conforme a la doctrina del artículo 1766 del C. C. y a la del artículo 1759. Si el contrato pactado en la convención secreta para alterar lo convenido en la pública o aparente es por sí mismo válido, no va por tanto contra el orden público ni las buenas costumbres y es lícito, puede ser invocado en la acción especial de simulación por los mismos contratantes y por todo el que tenga en ello un interés jurídico serio.— 2.—Dentro de nuestro sistema jurídico la representación no es cosa esencial del mandato. El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre, y en este caso los efectos del contrato se vinculan activa y pasivamente en su persona y los terceros no se relacionan jurídicamente sino con él.—3.—Cuando existe un vicio de nulidad en el proceso no puede ser alegado legítimamente dentro del juicio o como motivo de casación, sino por la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, que es la única en quien reside el interés jurídico que da derecho para pedir y obtener la reposición de lo actuado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca)

Por medio de libelo de fecha 11 de marzo de 1935, dirigido al Juzgado del Circuito de Piedecuesta, Paulina Nougues de Mantilla, como heredera de sus legítimos padres Pedro Nougues y Ana Francisca Rey y para las sucesiones de éstos, demandó a Pedro Nougues y Ana y Eugenio Penagos para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que son absolutamente nulos, por simulación, los contratos de compraventa consignados en las escrituras públicas números 271 y 439, otorgadas en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga el 25 de febrero y el 3 de abril de 1925, respectivamente, y por medio de los cuales Pedro Nougues transfirió a Eugenio Penagos, a título de venta, y éste a Arturo Nougues, al mismo título, dos fincas raíces y varios bienes muebles, que se enumeran y determinan;

que, en consecuencia, se ordene la cancelación del registro de las precitadas escrituras; que los inmuebles y muebles referidos pertenecen en dominio a las sucesiones de Ana Francisca Rey y Pedro Nougues, representadas por sus legítimos hijos Paulina, Gustavo y Arturo Nougues; que el demandado Arturo Nougues, como poseedor de mala fe, debe restituir los bienes precitados a estas sucesiones con sus frutos naturales y civiles, y, finalmente, que los demandados deben pagar las costas del juicio.

De los hechos fundamentales de la acción se destacan los que tienen pertinencia para la decisión del recurso:

Nunca Pedro Nougues tuvo intención de transferir a Eugenio Penagos el derecho de dominio que tenía sobre los inmuebles a que se hizo referencia en la escritura número 271 de 25 de febrero de 1925, ni Penagos la de adquirir tal derecho, y por esta razón quien aparece como comprador no pagó precio ninguno por las cosas que se dicen vendidas, ni quien aparece como vendedor verificó entrega de ellas.

Con perfecto conocimiento de estas circunstancias, es decir, de que el contrato contenido en la precitada escritura era ficticio o simulado, Arturo Penagos aceptó la escritura que le otorgó Eugenio Penagos, la número 439 del 3 de abril del mismo año, y en que hicieron figurar el contrato de compraventa de los mismos bienes, también simuladamente porque es absolutamente falso que Arturo Nougues haya pagado la suma de $ 10,000 como precio a Penagos, y que éste haya recibido suma alguna por este concepto de manos de Nougues.

El demandado Penagos tenía conciencia de que él no era dueño de las fincas y muebles materia del contrato recogido en la escritura número 439 citada, y por este motivo nunca tuvo la intención de transferir a Nougues un derecho de dominio que jamás había tenido, y Arturo Nougues, que sabía la simulación del contrato contenido en la escritura número 271, tampoco tuvo intención de adquirir lo que no tenía moral ni legalmente Eugenio Penagos.

Después del 25 de febrero de 1925, fecha de la primera escritura, Pedro Nougues continuó como antes, hasta su muerte, en posesión tranquila, pacífica y sin interrupción de las fincas como de los bienes muebles, ocupándolos y usufructuándolos a ciencia y paciencia de Penagos y Arturo Nougues, sin mediar circunstancia explicativa de este hecho.

Eugenio Penagos, al contestar el traslado de la demanda, confesó que su intervención en el negocio se había limitado a recibir la escritura que le otorgó Pedro Nougues, obligándose a transferir luégo el dominio de los bienes que allí se enumeraron a quien le indicara el vendedor, y que, por cuanto éste le ordenó que los transfiriera a Arturo Nougues, procedió a otorgar la escritura número 439, ya citada, teniendo conocimiento de que Arturo había pagado a Pedro Nougues el precio que en ella aparece estipulado, por lo cual afirmó en dicho instrumento que lo había recibido.

Por su parte, el otro demandado, Arturo Nougues, manifestó al dar contestación a la demanda, que se oponía a que se hicieran las declaraciones suplicadas, y afirmó que había aceptado la escritura número 439 del 3 de abril de 1925 y el contrato de compraventa que en ella consta, porque Eugenio Penagos, quien figura como vendedor, se la otorgó por orden de Pedro Nougues, habiendo tenido intención real de adquirir el dominio de los bienes allí especificados por cuanto se los compró a su padre Pedro Nougues a quien le pagó un precio mayor de $ 10,000 que en el instrumento consta. Arturo Nougues detalla en su contestación la forma en que realizó el pago del precio a su padre.

Sobre estas bases se desarrolló el debate judicial, que finalizó en primera instancia con la sentencia de fecha 15 de noviembre de 1937 en que fueron desestimadas todas las pretensiones de la actora y condenada al pago de las costas del

grado por considerarse temeraria su acción.

Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga decidió en sentencia de 16 de noviembre de 1938 el recurso de apelación que oportunamente interpuso la parte demandante contra el fallo del Juzgado del Circuito, que fue confirmado. Esta sentencia del Tribunal, acusada en el recurso de casación que hoy se falla, se funda en las siguientes consideraciones sintéticamente expresadas:

La equivocación en que incurrió la actora consistente en aducir la simulación como causa de nulidad absoluta no es motivo suficiente para desestimar la acción ejercitada, que es la de simulación, porque este error, fuera de que es incapaz en sí de alterar la verdadera naturaleza jurídica de la acción incoada, se justifica por la circunstancia de que, al tiempo de entablarse el pleito, dominaba en la jurisprudencia nacional la tesis de que la simulación determinaba nulidad por falta de causa. Teniendo, pues, como de simulación la acción intentada y recordando que el objeto de ésta consiste en hacer prevalecer entre las partes las obligaciones o efectos jurídicos de un contrato oculto, sobre lo estipulado ostensiblemente entre las mismas partes, en atención a que el contrato oculto envuelve la verdadera voluntad de ellas y sin perjuicio de terceros, enumera y analiza el Tribunal las pruebas aducidas por la actora en el juicio, y del mérito de estos elementos de convicción deduce como plenamente establecido y demostrado que el mecanismo del negocio tuvo cumplimiento en la forma explicada y sostenida por los demandados tanto al contestar la demanda como en las posiciones que varias veces absolvieron, esto es, "que Eugenio Penagos aceptó la escritura número 271, otorgada por Pedro Nougues, como escritura de confianza y previo convenio de transferir luégo el dominio de los mismos bienes allí especificados a la persona y en la oportunidad que le indicara el vendedor, y que Arturo Nougues fue la persona designada para tal efecto". Que Penagos recibió orden de Pedro Nougues de traspasar los bienes a su hijo Arturo Nougues por haberlos negociado con él y que en cumplimiento de esta venta real Arturo pagó a su padre un precio por los bienes muebles e inmuebles vendidos por Penagos, precio cuya cuantía no interesa establecer, pero cuya realidad está plenamente establecida en autos. "Con esto y con las demás pruebas atrás puntualizadas, dice la sentencia, han venido a establecerse como verdaderas las antedichas afirmaciones de los demandados, y además que Arturo Nougues está en posesión de los bienes desde la época que los adquirió —abril de 1935— ejercitando todos los actos propios de dueño sin limitaciones ni estorbo por parte de Pedro Nougues durante los años subsiguientes, y que pagó un precio por ellos. La prueba de estos hechos es plena".

Interpretando jurídicamente estos hechos probados, dice el Tribunal: "Eugenio Penagos sirvió meramente de testaferro. Mantuvo aparentemente en su poder por unos días el dominio de los bienes, por voluntad de su dueño, y lo transfirió también por voluntad de éste. Puede decirse que obró como mandatario de Pedro Nougues y estrictamente dentro de los límites del mandato.

La simulación que el Tribunal tiene por demostrada es la del mandato entre Pedro Nougues y Eugenio Penagos, que se ocultó bajo la apariencia de una venta en la escritura número 271 de 27 de febrero de 1925, y en cuyo cumplimiento, o a través del cual, se celebró la compraventa real y verdadera de los bienes citados entre Pedro Nougues y su hijo Arturo Nougues. "Es obvio —dice la sentencia — que si apenas se hubiera celebrado el primer contrato, o sea la compraventa simulada entre el causante y Penagos, y habiendo confesado éste que su actitud se limitó a aceptar la escritura para otorgar luégo una de transferencia de los bienes a quien el vendedor le indicara, sería procedente la declaración de dominio pedida en favor

de la sucesión y la consiguiente orden de restituír..... Demostrado como está el pacto secreto en referencia y no apareciendo que sea lícito o se halle viciado por otros aspectos, las partes deben reglarse por él, conforme atrás se dejó visto. En esa virtud, han de mantenerse incólumes los derechos de Arturo Nougues como adquirente de los bienes en litigio, porque él se atuvo a los efectos jurídicos de la convención oculta y ellos son suficientes para garantizarle ante la ley su calidad de dueño". En concepto de la sentencia, la venta recogida en la escritura 439 de 3 de abril de 1925, mal atacada en el sentido de ser simulada y de no haberse pagado su precio, no podría serlo eficazmente sino alegando que Penagos obró en ella sin el mandato de que se ha hablado y en contradicción con él.

Esta es la verdadera estructura central de la sentencia acusada. Contiene otras consideraciones de carácter meramente incidental, pero enderezadas todas a sostener esta tesis fundamental.

Recurso de casación

El recurso interpuesto por el apoderado de la actora, se apoya en los motivos 1º y 6º del artículo 520 del C. J.

En una breve página formula el recurrente los cargos contra la sentencia por violación de ley sustantiva, y cita los artículos 1524, 1741, 1759 y 1766 del C. C., expresando los conceptos en que los estima infringidos. Desde los puntos de vista propuestos en la demanda y con la conveniente separación, se consideran los cargos:

a) El Tribunal violó los precitados textos legales por interpretación errónea al afirmar que el legislador no ha prohibido que una convención se oculte bajo el ropaje de otra y que antes bien lo tiene permitido; es decir, que el legislador autoriza la simulación de los contratos, las ventas ficticias o de confianza, lo cual va contra la seguridad de los asociados porque el orden social tiene interés en que la verdad brille y las ficciones y simulaciones no prosperen.

Se considera:

Este cargo, propuesto en forma casi académica, engloba toda la fundamentación jurídica con que la Corte abandonó la tesis de que la simulación es causa de nulidad por carencia de los componentes esenciales de los contratos, y adoptó la doctrina, ya expuesta y defendida en numerosos fallos de esta Sala, conforme a la cual no toda simulación es ilícita ni determina por sí misma nulidad, doctrina moderna que consagra una acción especial para la simulación buscando la prevalencia del acto oculto, verdadera ley de las partes, sobre el aparente, creado para engañar y no siempre para defraudar, sin necesidad de ocurrir al medio técnico de la nulidad de éste alegando falta de consentimiento y de causa.

Ninguna norma de nuestro sistema civil se opone a que jurídicamente se puedan ocultar o disimular los actos que ejecutados públicamente serían perfectos. No hay razón para erigir en prohibición el hecho de disimular por medio de actos jurídicos el verdadero fin propuesto, o de perseguir este fin por medios sustitutivos, mientras éstos no sean ilícitos ni extralimiten la ley, porque en general no está prohibido ocultar los negocios al público. De ahí por qué se ha dicho que ni la simulación ni el uso de medios jurídicos sustitutivos son, en sí mismos, actos ilícitos. Si el acto privado u oculto reúne todos los elementos generales que exige la ley para la validez de todo acto o contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitos), ese acto tiene plena validez entre las partes que lo convinieron conforme a la doctrina del artículo 1766 del C. C. que establece que las escrituras privadas (contraestipulaciones), hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, carecen de efectos contra terceros, pero sí los producen plenamente entre las partes, y de acuerdo también con el artículo 1759 del mismo código que tiene como verdad lo declarado en instrumentos públicos, con valor de

plena fe, pero sólo contra los declarantes. Si el contrato pactado en la convención secreta para alterar lo convenido en la pública o aparente, es por sí mismo válido, no va por tanto contra el orden público ni las buenas costumbres y es lícito, puede ser invocado en la acción especial de simulación por los mismos contratantes y por todo el que tenga en ello un interés jurídico serio.

No encuentra, pues, la Sala ninguna razón fundada, demostrativa de violación legal sustantiva, en este ataque general hecho con tan exiguos argumentos contra su doctrina adoptada en materia de simulación.

b) Aplicó el Tribunal indebidamente los precitados artículos porque "las convenciones, cuya simulación se demostró, se realizaron en fraude de los derechos de la herencia y de las sucesiones para las cuales pide la demandante".

Se considera:

El texto de la demanda, sus pedimentos y sus hechos fundamentales, expresan sin equívocos el esquema de la simulación planteado en este debate judicial como un caso de simulación absoluta, o sea, ventas de confianza o venta con contraestipulación completamente destructora del contrato, para deducir de ella que el dominio de las cosas ficticiamente vendidas permaneció en el patrimonio de Pedro Nougues a cuya sucesión debe volver a pedimento de sus representantes y sucesores universales. En ninguna forma ni en ninguna oportunidad del juicio se ha propuesto el caso de simulación como una donación hecha por Pedro Nougues a su hijo Arturo disimulada por medio de una venta con interpuesta persona, fenómeno totalmente diverso de aquél, porque entonces se trataría de una simulación relativa, simplemente del medio para realizar la transferencia del dominio, realmente buscada y consentida. Solamente si se hubiera debatido sobre la afirmación de que bajo la apariencia de las compraventas se ocultaba una donación, habría sido posible atacar la validez de ésta por menoscabo del derecho herencial de los legitimarios, accionando contra el donatario y probando la realidad de ese vicio intrínseco, porque la donación no es inválida por el hecho de ser oculta, ni por este motivo deja de ser respetable para los herederos del donante aunque no conserven su misma voluntad liberal, sino que es atacable como cualquier otro contrato, por incapacidad del donante o del donatario, o por violación de las normas legales que rigen las herencias.

Tampoco en la sentencia se consideró, ni enunció siquiera, como no había por qué hacerlo, este aspecto de la cuestión que por primera vez se suscita en la demanda de casación. El Tribunal no consideró que se debatiera sobre una donación disfrazada de venta, caso en el cual la simulación consistiría en haberse dado por pagado un precio que no existió, sino que tuvo por realmente celebrado, a través de un mandato sin representación, el contrato de venta entre Pedro Nougues y su hijo Arturo, con la presencia de todos los elementos legales necesarios para su validez. En estas condiciones, el estudio de esta cuestión constituiría un medio nuevo, inaceptable dentro de la técnica de la casación.

Pero es que además de estas razones de carácter doctrinal para rechazar el cargo, existe la primordial de que no habiendo aceptado el Tribunal la simulación, el estudio de las cuestiones relacionadas con el pretendido fraude herencial no tiene lugar ni pertinencia en la casación. Para llegar a ellas sería preciso demostrar que la sentencia se equivocó, por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, al negar la simulación del contrato por medio del cual el demandado Arturo Nougues adquirió el dominio de los bienes a que se ha hecho referencia, y establecida la simulación, descubierta la donación, que con ella se causó el menoscabo herencial que justificara su invalidación.

c) Aplicó el Tribunal indebidamente las disposiciones precitadas porque en la sentencia incurre en grave contradicción al afirmar, primero, que Eugenio Pena-

gos sirvió meramente de testaferro, que mantuvo aparentemente en su poder el dominio de los bienes por voluntad de Pedro Nougues, y que los trasfirió por orden y voluntad de éste, actuando como mandatario, y sostener, después, en la misma sentencia, refiriéndose a las posiciones absueltas por uno de los demandados, que "estrictamente, Arturo Nougues es un tercero que contrató con Penagos, de tal manera que el pacto privado entre éste y su padre, en cuya virtud Penagos no era realmente dueño, no lo afectaría ni tendría valor contra él... Si Penagos fue mandatario —dice el recurrente— representaba al mandante y entonces Arturo Nougues no fue un tercero".

Se considera:

Bien leída la sentencia y apreciada en su integridad, no hay lugar a imputarle ninguna contradicción que pudiera afectar en algún modo sus conclusiones finales por haber llegado a ellas a través de una infracción de la ley sustantiva. El Tribunal, como ya se dijo al sintetizar el fallo acusado, contempló y decidió el problema agitado en este litigio como una venta real y verdadera de Pedro Nougues a su hijo Arturo, con la interposición de Eugenio Penagos, quien actuó como mandatario y dentro de los límites estrictos del mandato, que ocultaron disfrazándolo de venta. A esta conclusión llegó el sentenciador sobre la plena comprobación de los siguientes hechos, no atacables en casación sino como consecuencia de errores en la apreciación probatoria: Pedro Nougues, dueño de los bienes, otorgó escritura de venta de ellos a Eugenio Penagos; esta compraventa fue ficticia o simulada porque con ella se encubrió un verdadero contrato de mandato sin representación consistente en la contraestipulación que pactaron de que Penagos no adquiría el dominio de los bienes, sino que lo mantenía en su poder hasta cuando el dueño le ordenara transferirlo a la persona a quien le indicara, por haberlos negociado. Que esta persona fue Arturo Nougues, a quien Penagos procedió a otorgarle escritura de venta por haber recibido orden de Pedro Nougues, por cuyos labios supo que los había negociado con Arturo. Y, finalmente, que este comprador pagó en realidad a Pedro Nougues un precio por los bienes inmuebles y muebles que rezan los contratos. "En resumen —escribe el Tribunal en referencia al mandato oculto de que se ha hablado— aparece probada la existencia de una convención secreta y válida que expresa la verdadera voluntad de los contratantes y en cuya virtud Arturo Nougues se convirtió formal y realmente en propietario de los bienes materia del presente juicio".

Dentro de nuestro sistema jurídico, como lo ha advertido varias veces esta Sala, la representación no es cosa esencial del mandato.

El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre, y en este caso los efectos del contrato se vinculan activa y pasivamente en su persona y los terceros no se relacionan jurídicamente sino con él. Desde este ángulo de consideración, que fue seguramente en el que se colocó el Tribunal, no tiene significación destructora de ninguna de las bases de la sentencia el concepto de que Arturo Nougues es un tercero en relación con el contrato de mandato celebrado ocultamente por Pedro Nougues con Penagos y en cuyo cumplimiento o desempeño obró el mandatario en su propio nombre. Por otra parte, este pasaje de la sentencia acusada, desacertado o exacto, no contiene en realidad sino una consideración de carácter meramente incidental o accesorio, destinada también, como el resto de sus razones fundamentales, a establecer que la simulación hecha entre Pedro Nougues y Eugenio Penagos, con mandato oculto, no perjudica la posición de verdadero dueño de los bienes que le reconoce el demandado Arturo Nougues.

Por lo visto, carecen de fundamento las acusaciones de violación legal imputadas a la sentencia en la demanda de casación,

en los conceptos en que las ha presentado el recurrente.

Por lo que hace al motivo sexto, no son menos infundadas las razones del recurso. Se hace consistir la causal de nulidad alegada en que la corrección de la demanda que oportunamente se hizo, no le fue notificada legalmente al demandado Eugenio Penagos, porque en la diligencia que al efecto se escribió en autos, surtida por el Juzgado Municipal de Bucaramanga por comisión del de Circuito de Piedecuesta, en que consta que se le notificó a Penagos la enmienda de la demanda y que renunció el término del traslado, no se dejó constancia de que se habían puesto a disposición del notificado los autos, como lo ordena la ley de procedimiento civil.

No existe, como se ve, el vicio de procedimiento a que se refiere el recurrente en el caso de autos, o sea, falta de citación o emplazamiento de una de las partes, erigido por la ley en motivo de nulidad para garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa procesal. Eugenio Penagos fue citado y emplazado legalmente como demandado en este juicio en el que ha estado presente e intervenido en defensa de sus intereses y pretensiones. Pero es que además de la ausencia del motivo legal de nulidad, cuando existe éste no puede ser legítimamente alegado dentro del juicio o como motivo de casación, sino por la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, que es la única en quien reside el interés jurídico que da derecho para pedir y obtener la reposición de lo actuado.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha 16 de noviembre de 1938, que ha sido materia de este recurso de casación.

No se hace condenación en costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JUAN FRANCISCO MUJICA

Desde el punto de vista técnico, ninguna objeción tengo que formular a esta sentencia. En mi calidad de ponente en este recurso de casación creí que no obstante las deficiencias de la demanda que lo fundamenta, podía, reconstruyéndolo, como hemos solido hacerlo en otros casos, utilizarlo para casar la sentencia. Esta consideración en manera alguna lleva implícita una censura al abogado recurrente, porque es verdaderamente ínfimo el número de profesionales que dominan la técnica de casación. Precisamente la verificación de este aserto es lo que nos ha facilitado administrar justicia, interpretando la ley racionalmente, a pesar de que los mismos recursos de casación han sido grave obstáculo para ello. Nuestra labor ha sido, en primer término, la de superar esas deficiencias técnicas.

En este pleito se ejercitó una acción de simulación de los contratos de compraventa de Pedro Nougues y Penagos y de Penagos y Arturo Nougues. La prueba de la simulación era de cargo de la parte demandante y, en efecto, ella la suministró. El negocio jurídico verdadero concluído por Pedro Nougues con Penagos fue el de un mandato sin representación. Del segundo negocio celebrado aparece que en realidad, contra lo que reza la escritura pública, Penagos no recibió de Arturo Nougues el precio y no celebró en realidad aquel contrato, porque éste se entendió directamente con el mandante, Pedro Nougues. Establecidas estas circunstancias por la parte actora, correspondía, en mi opinión, a Arturo Nougues la prueba de que el contrato celebrado por él con su padre fue el lícito de compraventa. Dos caminos tenía para establecer esa evidencia. El primero, probar con testigos la estipulación o el acuerdo de las voluntades de ambos respecto del precio. El segundo, probar, ya no simplemente por medio de testigos sino con un principio de prueba por escrito, puesto que se trataba de un negocio mayor de quinientos pesos, que había entregado a su padre la suma convenida, lo cual, implícitamente, venía a demostrar que las partes convinieron ese precio.

Nada de eso hizo Arturo Nougues.

Es verdad procesal que hubo intención y facultad por parte del dueño de la finca, Pedro Nougues, de transferir su dominio a Arturo, y en éste intención y capacidad para adquirirlo. No acreditado el título oneroso de la tradición, se imponía la conclusión de su gratuidad. También es verdad procesal que la sucesión de Pedro Nougues está ilíquida, porque no dejó bienes, lo cual da derecho a los legitimarios a la deducción de las donaciones de la cuota disponible y no a su anulación total, por no estar previsto, pienso yo, por ningún texto legal especial. No sería dable, por el hecho de que hubo una donación disfrazada, aseverar la existencia de un fraude a la ley, motivo por el cual esa tradición a título gratuito no adolece de este vicio.

Mi proyecto contenía, en consecuencia, estas declaraciones en su parte resolutiva:

"1ª El contrato de compraventa consignado en la escritura número 271, pasada ante el Notario 1º de Bucaramanga el 5 de febrero de 1925 por Pedro Nougues y Eugenio Penagos, es simulado como tal. Ella contiene un contrato lícito de mandato sin representación conferido por el primero al segundo y que está consumado. Penagos, en ejercicio de su cargo de mandatario, cumplió las órdenes de su

mandante Nougues. Al margen de aquel instrumento público se tomará nota de la presente declaración.

2ª La compraventa a que se refiere la escritura pública número 439, otorgada el 3 de abril de 1925 ante el Notario 1º de Bucaramanga por Eugenio Penagos y Arturo Nougues, es simulada como tal; y este instrumento contiene una donación hecha al través de Penagos por Pedro Nougues a favor de su hijo legítimo Arturo. De esta declaración se tomará nota al margen de aquella escritura pública.

3ª En consecuencia, a los legitimarios de Pedro Nougues, en el juicio de sucesión por causa de muerte de éste, asiste el derecho de acumular imaginariamente al acervo líquido la referida donación como un crédito a cargo del donatario por su valor de diez mil pesos".

La opinión del resto de mis colegas, contraria a la mía, siempre me ha merecido el mayor acatamiento, por estimarla muy respetable, y en este asunto particular me satisface, porque me releva de la preocupación de haber podido cometer una injusticia involuntaria si hubiera prevalecido mi criterio, el cual felizmente queda aquí con un simple alcance académico, que es el que hubiera deseado para muchas de las tesis jurídicas que defendí durante mi intervención en la administración de justicia.

En estos términos salvo mi voto.

Juan Francisco Mújica

Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta.

SE DECRETA EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

La señora Josefa Díaz Guzmán de Amarís instauró contra el señor Mariano Amarís Maya juicio reivindicatorio del potrero de Santa Catalina en el Juzgado del Circuito de Mompós, quien decidió decretando las peticiones de la actora en fallo de 18 de noviembre de 1935. Apelado éste por Amarís, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena conoció de la segunda instancia y la decidió en sentencia de 15 de marzo de 1938, reformando en parte la del Juzgado e insistiendo en el reconocimiento del dominio de aquel predio en favor de la demandante y en ordenar que con sus frutos desde la contestación de la demanda se los entregue el demandado.

Este interpuso casación y en tal virtud vino el proceso a la Corte Suprema de Justicia en donde se repartió en octubre de 1939 y donde el recurso se admitió y recibió su tramitación legal, al punto de hallarse para sentencia, cuando los abogados de las partes, cuyos poderes contienen para ambos facultad de desistir, en memorial que presentan personalmente manifiestan que a ello proceden, no sin advertir que sus mandantes han llegado a un acuerdo amigable a fin de dar término a la controversia.

Siendo la casación un recurso extraordinario y limitándose a él la jurisdicción de la Corte, la cual sólo cuando decide casando viene a ser tribunal de instancia, de acuerdo con los artículos 538 y 539 del C. J., según los casos, en el estado actual del presente no puede extenderse a la totalidad del juicio, que es de lo que sin distingos ni limitaciones manifiestan los apoderados desistir, sino que tiene ella que concretarse al recurso de que está conociendo y sobre la cual, por lo dicho, no se llegó la oportunidad de sentenciar.

Claro es que al limitarse a admitir el desistimiento del recurso, nada conceptúa ni decide en lo atañedero a lo demás que las partes hayan convenido en la tramitación o arreglo a que los apoderados aluden.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el precedente desistimiento en lo tocante al recurso de casación, sin costas, y ordena devolver el expediente al Tribunal prenombrado una vez ejecutoriada esta providencia.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE PERJUICIOS POR EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE UN MEDICO.—RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. — RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MEDICA. — RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL MEDICO. RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTO IMPUTADO AL MEDICO Y EL DAÑO SUFRIDO POR EL CLIENTE.

1.—El ejercicio de las profesiones liberales, que en la mayoría de los casos es la consecuencia de un acto jurídico, lleva anexa en su realización y ejecución la responsabilidad civil del profesional; de manera que las relaciones jurídicas entre éste y su cliente no están circunscritas únicamente a una actuación pasajera y fugaz, sino que trascienden a la órbita más amplia de la responsabilidad. No es el ejercicio de esas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que está condicionada a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan por lo tanto el ejercicio honesto de dichas profesiones. La gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia grave hasta el estado doloso. El profesional abogado que descuida voluntariamente la defensa de su cliente, el profesional ingeniero que calcula el edificio sin tener en cuenta los principios sobre resistencia de materiales, el médico que ejecuta una intervención quirúrgica, científicamente contraindicada, o que fuera de los casos señalados por la ciencia hace producir un aborto con el fin, por ejemplo, de evitarle a su paciente una vergüenza social, caen dentro de la órbita de la responsabilidad, más o menos grave, y que en ciertos casos, como en el que acaba de citarse últimamente, es doble, civil y penal. — 2.—La responsabilidad del médico es contractual, no sólo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero. La responsabilidad del médico no es ilimitada no motivada por cualquier causa sino que exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. En materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible, y en materia de gravedad de aquélla es preciso que la culpa sea grave dándole en este caso al vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad. La responsabilidad del médico no puede derivarse sino de su ignorancia, imprudencia culpable o negligencia grave. La culpa contractual supone un contrato válido y un perjuicio resultante de la inejecución de ese contrato. Ese perjuicio, en el caso de responsabilidad médica, debe ser de cierta entidad teniendo en cuenta las circunstancias del caso y causado por alguno de los factores que se han indicado. — 3.—La responsabilidad contractual parte de la base de la existencia de un contrato; la responsabilidad no contractual proviene de la ley y se manifiesta

en un deber susceptible de violación y en que quien lo viola queda bajo el imperio de la legislación social vigente donde comete o incurre en la falta. Es la coacción social de donde dimana esa responsabilidad y entonces las disposiciones aplicables son las que regulan la culpa extracontractual, artículo 2341 y siguientes. Pero tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual el médico demandado puede impetrar a su favor como defensas, no sólo las excepciones provenientes del descuido, desobedecimiento o imprudencia de su cliente, sino también las de fuerza mayor y caso fortuito. La responsabilidad profesional médica no puede deducirse sino cuando proviene de alguno de los factores antes anotados y que sea al mismo tiempo determinante del perjuicio causado. Está, pues, condicionada esa responsabilidad en la forma circunscrita a que se ha hecho referencia, pues de otra manera, además de hacerse imposible el ejercicio de esa profesión, asumiría el carácter de empresa de riesgo, lo cual es inadmisible desde el punto de vista legal y científico.—4.—El médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan sino cuando haya una relación de causalidad entre su acto y el daño sufrido por el cliente, o cuando esa culpa o falta haya sido la determinante del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad, o en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquélla. Es necesaria la evidencia de la culpa y del perjuicio para reducir la responsabilidad. El dictamen pericial en esos casos es indispensable. No basta en esos casos la prueba testimonial, sino la pericial, porque lo conceptual no es de la naturaleza de aquella prueba, sino de ésta, la cual requiere conocimientos científicos y es solamente suministrada por expertos. Mas no siempre que el profesional médico incurre en la culpa es necesaria la intervención de peritos para establecerla, puesto que pueden existir casos en que no se trate de un asunto de técnica médica, sino de una culpa independiente de ésta, como sería por descuido o negligencia del médico encargado de una clínica donde estuviera a su cuidado un enfermo enloquecido por la fiebre se escapara éste y se arrojara desde una de las ventanas del edificio y se matara o lesionara. En este caso un concepto médico no sería necesario; podrían bastar declaraciones de testigos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Liborio Escallón)

Vicente Vernaza Gómez como apoderado de Jorge A. Padua demandó al facultativo Eugenio Vivas Lazo en acción de indemnización de perjuicios causados, según el actor, a su poderdante Padua por la pérdida del ojo izquierdo, debido a un tratamiento que culminó con la extracción del mismo órgano visual. Estimó los perjuicios en la suma de cinco mil pesos moneda corriente, pero defirió a lo que estimaran peritos nombrados en el juicio.

Los hechos fundamentales de la acción, pueden sintetizarse así: El 24 de mayo de 1936 con motivo de una afección que le apareció en los ojos al expresado Padua, fue éste al consultorio del demandado Vivas Lazo, situado en la ciudad de Cali, a fin de que lo examinara y tratara. Previo el pago de la boleta Vivas Lazo examinó a Padua el ojo afectado y le aplicó un lavado indoloro; en seguida le aplicó otro lavado con un líquido de color negro, el cual le produjo un fuerte dolor al paciente; luégo el facultativo le echó otro

líquido en el ojo que alivió un tanto el dolor que experimentaba Padua y le dijo a éste: "Váyase inmediatmente para la casa y póngase mucho hielo en ese ojo, que con eso le pasará todo; no debe salir a ninguna parte". Padua salió del consultorio del médico Vivas Lazo, sacó su pañuelo para taparse el ojo y enjugarse algo que le escurría de él y al llegar a su casa constató que el pañuelo estaba lleno de sangre y quemado con el líquido que le había aplicado el médico. A los cuatro días volvió Padua al consultorio y el médico al examinarle el ojo diagnosticó que lo había perdido y que se trataba de una infección blenorrágica. Por eso le dio una boleta para que fuera hospitalizado y el dos de junio el doctor Vivas Lazo procedió a hacerle la enucleación del ojo, intervención que según se desprende del hecho octavo de la demanda, consideró el facultativo que era de urgencia. El demandado fue luégo tres veces al hospital a hacerle las curaciones del caso a Padua y afirma éste que no obstante haberle dicho el demandado que ya estaba bien le siguió la supuración, arrojando materia purulenta y que en vista de esto fue a otros dos facultativos quienes lo examinaron y lo curaron definitivamente.

El demandado al contestar la demanda acepta que trató a Padua a quien le diagnosticó una oftalmía purulenta o blenorrágica, asevera que Padua no siguió las prescripciones médicas que le ordenó; y en cuanto a la intervención quirúrgica, ai se deduce de la contestación de la demanda y de otras pruebas de los autos que se la practicó.

El Juez del conocimiento, 4º del Circuito de Cali, en sentencia de 4 de febrero de 1938 absolvió al demandado de los cargos de la demanda, y apelado ese fallo por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali lo confirmó el 24 de abril de 1939.

Recurrió contra tal sentencia la parte vencida y tramitado el recurso pasa a decidirse.

Como cuestión previa cree la Corte oportuno hacer algunas consideraciones sobre la responsabilidad profesional.

Responsabilidad profesional

El ejercicio de las profesiones liberales, que en la mayoría de los casos es la consecuencia de un acto jurídico, lleva anexa en su realización y ejecución la responsabilidad civil del profesional; de manera que las relaciones jurídicas entre éste y su cliente no están circunscritas únicamente a una actuación pasajera y fugaz, sino que trascienden a la órbita más amplia de la responsabilidad. No es el ejercicio de esas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está condicionada a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan por lo tanto el ejercicio honesto de dichas profesiones. Sin la primera la acción del profesional es científicamente censurable; sin la segunda, esa acción puede convertirse en una actividad peligrosa.

Arranca la responsabilidad del principio universal de derecho **nemo laederi** y comprende y abarca todas las materias concernientes a la actividad humana, según expresión de Lalou (**La Responsabilité Civile**); en la moral, en las relaciones internacionales, en el derecho público, en el penal y en el privado. En la moral la libertad humana y la existencia de una ley superior condicionan los actos del individuo; en las relaciones internacionales, la responsabilidad de los Estados por las guerras y violación del derecho de gentes; en el derecho público, la norma constitucional reglamenta la responsabilidad del Jefe del Estado y la de ciertos funcionarios superiores; en lo penal, el orden social quebrantado por el individuo lo hace responsable ante la sociedad; en lo civil, supone de un lado la víctima de un perjuicio y de otro la persona obligada a repararlo.

El principio universal ya expresado, nemo laederi, en tratándose de la responsabilidad civil, se bifurca, porque el perjuicio puede venir de un acto contractual, violación o incumplimiento del contrato, ley de las partes, o de un hecho extracontractual, voluntario o no, que perjudique a teceros.

De modo, pues, que la responsabilidad civil y por lo tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro. Esto da lugar y nacimiento a la responsabilidad contractual reglamentada en el Código Civil especialmente en el título 12 del libro 4º y a la extracontractual o aquiliana a que se refiere el título 34 también del libro 4º de dicha obra.

Por mucho tiempo se creyó y sostuvo por los tribunales franceses que la responsabilidad profesional se basaba únicamente en los artículos 1382 a 1386 del Código Francés, artículos semejantes a los 2341 y siguientes del nuéstro, que se refieren a la responsabilidad común por los delitos y las culpas. Pero los estudios hechos sobre el particular por expositores como el citado Lalou, los hermanos Mazeaud y principalmente por Sabatier, influyeron decididamente en la doctrina y por eso las últimas sentencias de los tribunales franceses hacen la distinción de que se ha hecho mérito y derivan la responsabilidad, según el caso, ya de las reglas que dominan en materia de incumplimiento o violación de la ley contractual, ya de las normas que sancionan el hecho culposo o delictual.

No es por lo tanto indiferente ni desde el punto de vista de la naturaleza de la acción ni de las consecuencias de ésta en el debate, por lo que hace a la prueba, invocar sin ningún distingo las disposiciones citadas. Cuando se trata de responsabilidad contractual, las pertinentes serán las que regulan la ejecución de los contratos; cuando no se invoque ese vínculo, las aplicables no pueden ser otras sino las que reglamentan la teoría de la culpa.

La gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso. El profesional abogado, que descuida voluntariamente la defensa de su cliente, el profesional ingeniero que calcula el edificio sin tener en cuenta los principios sobre resistencia de materiales, el médico que ejecuta una intervención quirúrgica, científicamente contraindicada, o que fuera de los casos señalados por la ciencia hace producir un aborto con el fin, por ejemplo, de evitarle a su paciente una vergüenza social, caen dentro de la órbita de la responsabilidad, más o menos grave, y que en ciertos casos, como en el que acaba de citarse últimamente, es doble, civil y penal.

Responsabilidad contractual médica.

Concretando el asunto a la responsabilidad profesional del médico, se encuentra lo siguiente: Entre el médico y el enfermo interviene, por regla general, un contrato sobre prestación de servicios profesionales de aquél a éste, y del contenido del pacto se desprende la responsabilidad del uno hacia el otro. Después de haberse estimado por la jurisprudencia francesa que esa responsabilidad emanaba únicamente de la culpa aquiliana, se rectificó la doctrina y por eso hoy se sostiene la tesis exacta, sobre el particular, que es la que acaba de enunciarse.

La responsabilidad del médico es contractual, no sólo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero.

El contrato es por lo general verbis y en muchos casos se rige por la costumbre médica general en la respectiva localidad y no es necesario que con el médico contrate directamente el enfermo puesto que pueden contratar los parientes de és-

te, el patrón del obrero y en general quienes se interesan por el enfermo.

La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste. En esto sucede lo mismo que en tratándose de la obligación del abogado. Este se compromete a defender a su cliente y a poner su conato y empeño en su defensa, pero es poco serio, aventurado y presuntuoso, asegurar al cliente el éxito de un litigio, por lo mismo que es el poder judicial, independiente de las partes, quien aplica la ley, aprecia las pruebas, considera en conjunto el problema y dicta con toda independencia sus sentencias.

Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos. Algunos expositores sostienen que, salvo estipulación en contrario, el médico en ese caso está vinculado a una operación de resultado.

Como lo observa Sabatier (Remé Sabatier, Traité de la responsabilité civil en droit francais), el médico no se compromete a curar al enfermo sino a poner los medios técnicos encaminados a este fin y el carácter contractual de la responsabilidad médica permite mediante el análisis del compromiso, determinar la extensión y consecuencias respecto del caso que se alegue. Por esto se concluye que sobre el particular no cabe una regla general y absoluta puesto que la cuestión de hecho y de derecho varía y es distinta en cada caso particular.

Mas la responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada por cualquier causa sino que exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. En materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible, y en materia de gravedad de aquélla es preciso que la culpa sea grave dándole en este caso al vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad. En estos dos principios fundamentales se informa la sentencia de la Corte de la Casación Francesa, de fecha 27 de octubre de 1938, en la cual sentó esta doctrina: "Fuera de la negligencia o de la imprudencia que todo hombre puede cometer, el médico no responde sino cuando, en consonancia con el estado de la ciencia o de acuerdo con las reglas consagradas por la práctica de su arte, tuvo la imprudencia, la falta de atención o la negligencia que le son imputables y que revelan un desconocimiento cierto de sus deberes".

La responsabilidad médica no puede pues tomarse ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico sino para el paciente. "Cierta tolerancia se impone, pues, dice Sabatier" sin la cual el arte médico se haría, por decirlo así, imposible, sin que esto implique que esa tolerancia debe ser exagerada pues el médico no debe perder de vista la gravedad moral de sus actos y de sus abstenciones cuando la vida y la salud de los clientes dependen de él".

El expositor Lalou, obra citada, de acuerdo con esa doctrina sostiene que la responsabilidad del médico no puede derivarse sino de su ignorancia, imprudencia culpable o negligencia grave, lo cual es exacto por lo que ya acaba de expresarse.

Se ha llegado también a concluir que la intervención de un médico no se limita estrictamente a lo técnico sino que se extiende también a aconsejar y guiar a su cliente, por lo mismo que casi siempre éste deposita su confianza absoluta en aquél y se entrega a su pericia, a sus mandatos y hasta a su protección. Así lo admite la doctrina francesa.

El expositor que acaba de citarse resu-

me así la cuestión: "La culpa contractual supone un contrato válido y un perjuicio resultante de la inejecución de ese contrato", a lo cual agrega la Corte, que ese perjuicio en el caso de responsabilidad médica debe ser de cierta entidad teniendo en cuenta las circunstancias del caso y causado por alguno de los factores que acaban de apuntarse.

Responsabilidad extracontractual médica

Fuera de la responsabilidad contractual del médico existe la responsabilidad extracontractual, que los tratadistas franceses denominan delictual, y que es muy diversa de aquélla en sus fundamentos.

La responsabilidad contractual parte de la base de la existencia de un contrato; la responsabilidad no contractual proviene de la ley y se manifiesta en un deber susceptible de violación y en que quien lo viola queda bajo el imperio de la legislación social vigente donde comete o incurre en la falta. Es la coacción social, expresada en forma de ley, según los autores, de donde dimana esta responsabilidad y entonces las disposiciones aplicables son las que regulan la culpa extracontractual, artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

Pero tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual el médico demandado puede impetrar a su favor como defensas, no sólo las excepciones provenientes del descuido, desobedecimiento o imprudencia de su cliente, sino también las de fuerza mayor y caso fortuito.

La responsabilidad profesional médica, repite la Corte, no puede deducirse sino cuando proviene de alguno de los factores antes anotados y que sea al mismo tiempo determinante del perjuicio causado. Está pues condicionada esa responsabilidad en la forma circunscrita a que se ha hecho referencia, pues de otra manera, además de hacerse imposible el ejercicio de esa profesión, asumiría el carácter de empresa de riesgo, lo cual es inadmisible desde el punto de vista legal y científico.

Relación de causalidad

Enfocado el asunto desde el punto de vista de los elementos integrantes de la responsabilidad, puede sentarse como regla general que en los litigios sobre responsabilidad profesional médica, como en todo problema de responsabilidad, debe establecerse la relación de causalidad entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido las determinantes del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquélla.

La apreciación de la culpa imputada a un médico, en unos casos requiere la estimación de una cuestión técnica de orden médico y en otros esa estimación no es necesaria.

Mas en ninguno de los dos casos anteriores puede deducirse responsabilidad sino cuando se trata de una culpa caracterizada cometida por el médico. Es nesario la evidencia de la culpa y del perjuicio para deducir la responsabilidad.

No siendo la misión de los jueces en el primer caso decidir cuestiones o dificultades de orden médico, el dictamen pericial, que se somete a la apreciación del juzgador, según las reglas legales sobre esa prueba, es indispensable.

La sentencia acusada

Se funda la sentencia recurrida en que las declaraciones presentadas durante el debate no son suficientes para deducir la responsabilidad que se imputa al facultativo Vivas Lazo. Dice así el fallo en lo pertinente: "En el caso que se estudia, por ejemplo, no son suficientes para deducir la responsabilidad al profesional demandado, por culpa o negligencia o impericia, las declaraciones de testigos, aunque éstos sean médicos, en que se limitan a deponer sobre hechos que sin un examen técnico de ellos, no es posible que

puedan servir para hacer deducciones de carácter científico en una ciencia que el juez desconoce o que, por lo menos, no está obligado a saber. La naturaleza de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la droga o medicamento que el médico aplica o hace aplicar y aun la misma operación quirúrgica, son hechos del dominio de la medicina de los cuales no puede el juez, sin el auxilio o cooperación de peritos médicos, hacer deducciones o inferencias para atribuír culpa o negligencia por parte del profesional que los haya ejecutado. Se requiere la intervención de otros facultativos o peritos que estudien y analicen esos hechos con criterio igualmente científico, y sometan a la consideración del juez sus conclusiones y conceptos. Y en el caso que se estudia esta prueba pericial brilla por su ausencia".

El recurso

Acusa el recurrente la sentencia por la causal primera del artículo 520 del C. Judicial por violatoria de la ley sustantiva, por falta de apreciación de algunas pruebas y por errónea apreciación de otras. Señala como violados los artículos 604, 606, 609 y 697 del C. J. y 1757 y 1759 del C. C.

Estas violaciones las hace depender el recurrente de que el Tribunal, en su concepto, no tomó en cuenta las declaraciones del demandado al contestar la demanda ni las afirmaciones que hizo éste en las posiciones que le pidió al demandante ni apreció debidamente los testimonios aducidos a los autos.

La Corte considera: Están establecidos plenamente los siguientes hechos: que Padua víctima de una infección en un ojo acudió al consultorio de Vivas Lazo para que lo recetara; que éste lo recetó y que posteriormente el médico demandado le practicó la operación de la enucleación del ojo al actor.

El demandado no ha confesado ni en la contestación de la demanda ni en las posiciones que le pidió a Padua, que hubiera habido impericia, negligencia, en general culpa, en la prestación de sus servicios. Se limita a hacer un relato de los hechos, pero de él no se deduce ni aparece que acepte ningún postulado de la demanda que le pueda acarrear responsabilidad.

Los testigos presentados por la parte actora aseveran que en el mes de junio de 1936 apareció en el barrio de la avenida Uribe Uribe de Cali, una epidemia infecciosa en los ojos, de la cual fue víctima entre otros el demandante. Que muchos se curaron de esa enfermedad, que Padua se hizo recetar del médico demandado y que en definitiva perdió el ojo infectado. Lo demás de esas declaraciones es meramente conceptual, pues los testigos afirman, o se deduce de sus testimonios, que Padua perdió el ojo por el tratamiento que le hizo el facultativo Vivas.

Tratándose de testimonios, el concepto no puede tener la fuerza probatoria de las declaraciones de expertos; lo conceptual es de la naturaleza del dictamen pericial, y tratándose de testigos ignorantes en la ciencia médica, y la poca ilustración de los más de los testigos presentados, no se ve cómo sus exposiciones hubieran podido hacer plena prueba para solucionar una cuestión de carácter meramente técnico.

El Tribunal estimó, y con acierto, que se trataba de una cuestión científica y que por lo tanto era necesario el concepto pericial técnico. No podía, pues, suplirlo con las declaraciones de quienes son profanos en el arte de la medicina, o que no siendo, hayan rendido dictamen pericial.

Nada significa que los testigos sean varios y unánimes en sus declaraciones, puesto que no se trata principalmente de establecer ciertos hechos, sino de averiguar si hubo impericia, negligencia o imprudencia en el facultativo Vivas al tratar a su paciente Padua, si existe la relación de causalidad entre la actuación de Vivas y la pérdida del ojo de Padua, por alguno de esos factores y con las de-

claraciones aducidas no se establece tal cosa.

La relación de causalidad no está probada en los autos y esa relación sería la siguiente: que fue por el tratamiento de Vivas a su cliente Padua, por lo que éste perdió el ojo izquierdo.

El demandante Padua se presentó al consultorio del demandado Vivas, con una infección en el ojo izquierdo; el facultativo trató a su paciente diagnosticándole una oftalmía blenorrágica y hechas las aplicaciones médicas, hubo sin embargo necesidad de hacerle la enucleación del ojo. No está demostrado que el tratamiento de Vivas a Padua hubiera determinado innecesariamente la intervención quirúrgica.

Siendo esto así, el Tribunal, a juicio de la Corte, no omitió la apreciación de ninguna prueba ni interpretó ninguna erróneamente, lo cual hace que los cargos a que se refieren los capítulos segundo y tercero de la demanda no puedan prosperar.

Se ha planteado también la cuestión de si Vivas practicó o no técnicamente la enucleación del ojo a Padua. Mas no hay pruebas en el proceso de que esa intervención hubiera sido practicada con descuido o impericia, luego por este aspecto tampoco puede prosperar la acusación de la sentencia.

En cuanto a la violación de los artículos 2341, 2342, 2347 y 2356 del C. Civil por no haber aplicado esas disposiciones al caso del pleito, el cargo no es fundado porque ya se dijo y se explicó arriba que esas disposiciones no son aplicables en tratándose de la culpa contractual. En cuanto a la aplicación de los artículos 1613 y 1614 del C. Civil estima la Corte que ellos son pertinentes pero sólo cuando se ha deducido la responsabilidad y por lo tanto el perjuicio causado al demandante. Como en este caso no se llegó por el Tribunal a esa conclusión, lo que estima legal la Corte, no se puede dar aplicación a tales normas.

Finalmente y por vía de doctrina la Corte aclara un concepto de la sentencia del Tribunal fallador, en la siguiente forma: No siempre que el profesional médico incurre en la culpa es necesaria la intervención de peritos médicos para establecerla, puesto que pueden existir casos en que no se trate de un asunto de técnica médica, sino de una culpa independiente de ésta, como sería que por un descuido o negligencia del médico encargado de una clínica donde estuviera a su cuidado un enfermo enloquecido por la fiebre se escapara éste y se arrojara desde una de las ventanas del edificio y se matara o lesionara. En este caso un concepto médico no sería necesario, podrían bastar declaraciones de testigos.

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

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

NO PUEDE UN TRIBUNAL REFORMAR SU PROPIA SENTENCIA DEFINITIVA

No puede un Tribunal reformar la sentencia definitiva dictada por él mismo con el pretexto de que en ella se ha fallado sobre un punto de carácter interlocutorio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez de julio de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo)

El Juzgado 2º Superior de Bucaramanga condenó a Antenor Blanco a la pena de nueve años de presidio por el delito de fuerza y violencia cometido en la menor María de los Angeles Solano; e impuso a Jacinto Méndez y Alcides Orjuela la de dieciocho años, también de presidio, por el mismo delito y como responsables, además, de la muerte de la muchacha violada, a quien luégo ultimaron con arma de fuego.

Por sentencia fechada el diecisiete de mayo de mil novecientos treinta y ocho el Tribunal Superior de Bucaramanga resolvió lo siguiente:

"1º Confirmar la sentencia apelada en cuanto se refiere a los reos Antenor Blanco y Jacinto Méndez, y

"2º Suspender el pronunciamiento de segunda instancia respecto de Alcides Orjuela, mientras se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1751 del Código Judicial".

La suspensión de que trata el segundo aparte transcrito provino de que por haberse fugado Alcides Orjuela, estimó el Tribunal que respecto de este reo debía demorarse el proceso en espera de las diligencias por el delito de fuga para efectos de la acumulación.

Reclamado por el defensor de Orjuela este punto del fallo, resolvió el Tribunal con fecha veintisiete de julio de mil novecientos treinta y ocho:

"1º Revocar, como en efecto lo hace, el antecitado aparte 2º incluído en la parte resolutiva de la sentencia de fecha diez y siete de mayo de mil novecientos treinta y ocho, proferida en esta causa por el Tribunal, y

2º Confirmar la sentencia apelada, procedente del Juzgado Segundo Superior de este Distrito, de fecha treinta y uno de enero último, en cuanto por ella se impone a Alcides Orjuela diez y ocho años de presidio por los delitos a que antes se ha hecho referencia, y en el grado y circunstancias memorados".

Contra las decisiones del Tribunal los procesados interpusieron recurso de casación, pero no lo fundaron debidamente, según lo anota con mucho acierto el señor Procurador delegado en lo penal en estos pasajes de su vista:

"Orjuela elevó ante la Corte un escrito, en el cual se limita a negar su participación en la comisión de los delitos porque fue condenado. Por su parte, el apoderado presentó un memorial que no reúne las condiciones de una demanda de casación.

"No se sabe si el señor apoderado pretende alegar la causal 2ª de casación, o si su propósito es el de invocar la causal 3ª.

"En todo caso, el ataque que se hace a

la sentencia es el mismo que ante el Tribunal alegó el doctor Puyana, como puede verse leyendo el memorial que se encuentra a folios 185 a 188 del cuaderno 1º, ataque que se fundamenta en la deficiencia del dictamen pericial referente a la violencia de que fue víctima la menor María de los Angeles. Se adivina una confusión en lo relativo a los elementos constitutivos del delito de fuerza y violencia en las personas, pues se cree que para que exista tal infracción es necesario la prueba del desfloramiento, factor que en realidad no es indispensable para la existencia de aquel hecho criminoso".

De su parte el señor Procurador expresa que "no es el caso de ejercer la atribución conferida por el artículo 6º de la Ley 118 de 1931"; y pide en consecuencia que la Corte "no invalide los fallos de que se ha hecho mérito".

Falta, pues, base para un estudio de fondo; sin embargo no puede la Sala pasar desapercibida la irregularidad de haberse dictado dos sentencias en el mismo proceso y con la circunstancia de revocarse en la segunda una decisión de la primera, quebrantando así elementales normas de ritualidad procesal.

Es hábil el arbitrio del Tribunal de considerar el pronunciamiento relativo a la acumulación con las diligencias por el delito de fuga de que atrás se habló, como punto interlocutorio; pero bien miradas las cosas y siendo claro el precepto del artículo 482 de la Ley 105 de 1931 que consagra el principio general de que las sentencias no son revocables ni reformables por el mismo Tribunal que las emite, dictado el fallo de fecha diecisiete de mayo, el Tribunal carecía ya de jurisdicción para proferir el de veintisiete de julio, y en cambio el Tribunal dejó de resolver en aquél acerca de una cuestión que sí era de su incumbencia.

Luego si se hubiesen invocado las causales 7ª y 8ª del artículo 3º, ley 118 de 1931, habría podido la Corte infirmar lo hecho por el Tribunal de Bucaramanga, y de conformidad con el inciso final del artículo 4º ibídem, devolverle el proceso para que dictara el fallo único que la causa requería.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en el fondo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y **no infirma**, la condenación proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Antenor Blanco, Alcides Orjuela y Jacinto Méndez, por los delitos de homicidio y fuerza y violencia en la menor María de los Angeles Sólano.

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

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en ppdad.

SE NIEGA EL RECURSO DE CASACION EN EL PROCESO CONTRA CARLOS BARRERA URIBE

No hay recurso de casación contra sentencias en que se imponga pena privativa de la libertad menor de seis años, si se trata de procesos iniciados antes de la vigencia del nuevo Código Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, nueve de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Manizales condenó al señor Carlos Barrera Uribe a la pena principal de dos años y seis meses de presidio por el delito de heridas en la persona del señor Clímaco Villegas.

Contra aquella sentencia interpuso casación el defensor del señor Barrera Uribe, y como el Tribunal se negase a concederla, recurrió de hecho a la Corte.

Se funda el Tribunal en que por tratarse de proceso iniciado con anterioridad al primero de julio de 1938, y ser la cuantía de la pena corporal impuesta en la sentencia inferior a los seis años de que habla el artículo 1º de la Ley 78 de 1923, no es aplicable el nuevo Código de procedimiento penal en cuyo artículo 557 se establece el recurso de casación para causas de que hayan conocido los jueces de circuito, por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Para resolver, se considera:

Luégo que entró a regir el nuevo Código de procedimiento penal tuvo oportunidad la Corte de estudiar con todo detenimiento el problema de si para procesos iniciados con anterioridad al primero de julio de 1938 hay o no el recurso de casación contra fallos que impongan pena privativa de la libertad inferior a seis años, y en varias providencias llegó a una conclusión negativa.

A propósito del recurso de casación intentado por Teófilo Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil y del que interpuso Bernardo López López contra la del Tribunal Superior de Manizales, la Sala decidió de plano inhibirse para conocer de esos recursos (fallos de 30 de noviembre de 1938 y 16 de junio de 1939).

Para tal inhibitoria la Corte se apoyó en los razonamientos que a continuación se repiten:

La Sala no ignora que al tenor de los artículos 22 de la Constitución, 5º de la Ley 57 de 1887, 3º del nuevo Código penal y 5º de la Ley 94 de 1938, en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior prefiere a la restrictiva o desfavorable, y sabe también que al tenor del artículo 150 de la Carta, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley deben aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales.

Claro está que la Ley 94 de 1938 determina una situación más ventajosa para los acusados al reducir la cuantía de pena que las leyes anteriores fijaban como base de admisibilidad del recurso de casación; pero es lo cierto que por expresa voluntad del legislador, tal situación carece de entidad legal respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de 1938. En una palabra, la Corte considera que en virtud del artículo 722 de aquel código, para dichos procesos no existe todavía esa ley de naturaleza penal más favorable.

Bien sabida es la distinción que suele hacerse entre la existencia formal y la

existencia material de una ley; y conocida la norma del artículo 53, Ley 4ª de 1913, conforme a la cual cuando la ley fije el día en que ella deba principiar a regir, o autorice al gobierno para fijarlo, sólo comienza a regir en ese momento.

Así, pues, de la comparación de los artículos 724 y 722 del nuevo Código resulta: el primero de julio de 1938 tal estatuto comenzó a existir formal y materialmente para procesos que se iniciaran después de esa fecha; y respecto de procesos iniciados con anterioridad a tal día, la existencia del código es meramente formal, pero no material.

Cosa semejante —no igual desde luego— ha ocurrido con otras leyes en materia penal. Por ejemplo:

El día 27 de diciembre de 1922 fue sancionada la Ley 109 de ese año (Código Penal del doctor Concha); pero como ella dispuso en su artículo 418 que sólo entraría a regir luégo que se llenaran varios requisitos, y la Ley 81 de 1923 aplazó la vigencia de aquel código hasta el primero de enero de 1925, durante ese lapso de dos años la Ley 109 tuvo existencia formal, no material, y de ningún modo habría podido invocarse entonces como estatuto penal más favorable.

Con fecha 21 de abril de 1936 se expidió el reciente código penal. Desde entonces existió formalmente; pero su existencia efectiva, o sea material, no empezó sino el primero de julio de 1938. Y no podría afirmarse que con ese sistema de aplazamiento de la vigencia se quebrantara el artículo 22 de la Constitución por el aspecto de que entre la serie de leyes nacionales se encontrara una en materia penal, no aplicable a pesar de que en determinadas ocasiones pudiera resultar más favorable.

Claramente se ve que al culminar la reforma penal quiso el legislador que no produjera sus efectos de manera súbita y brusca.

Por lo que hace a la ley sustantiva ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de 1938, con la comparación que el juez debe hacer —en cada caso— entre el código de 1890 y el de 1936, para ir aplicando el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se facilitó una suave transición con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del código.

En el caso de que ahora se trata, no es, por tanto, que haya dos leyes entre las cuales escoger, ambas de naturaleza penal, y una de ellas más favorable al reo que la otra. Tal situación se presentaría si el nuevo código no tuviera el artículo 722, o mejor dicho, si la Ley 94 de 1938 hubiera comenzado a regir el primero de julio para toda clase de procesos. Pero fue expresa voluntad del legislador que respecto de procesos antiguos no se aplicara.

Por lo demás, aventurado sería desconocer aquel artículo 722 so pretexto de inconstitucionalidad, siendo así que el legislador ha sido considerado hasta ahora libre para acometer o no una reforma legal, y para fijar la fecha desde la cual la ley debe empezar a regir, en todo o en parte.

Ahora bien: Puesto que no se encuentra argumento nuevo ni motivo plausible para desdecirse hoy, en el caso del señor Barrera Uribe, de lo asentado por la Sala unánimemente acerca de otros procesos como los que arriba se citan, estima la mayoría que la Corte debe respetar el principio de la igualdad ante la ley y ser consecuente con sus propias doctrinas.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, declara que no es admisible el recurso de hecho interpuesto por el defensor del señor Carlos Barrera Uribe contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el trece de marzo de mil novecientos treinta y nueve, que lo condenó, por el delito de heridas en la persona del señor Clímaco Villegas, a la pena de dos años y seis meses de presidio.

Cópiese, notifíquese, transcríbase al Tribunal Superior de Manizales e insértese en la **Gaceta Judicial**.

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en ppdad.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 602 DEL C. P. DE 1890, EN RELACION CON EL ARTICULO 587 IBIDEM

La Corte en repetidos fallos ha sentado la doctrina de que de acuerdo con el artículo 602 del Código Penal de 1890, la calificación de "menos graves" en los homicidios de que trata el artículo 587 ibídem, es del prudente arbitrio de los juzgadores de instancia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, once de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo)

La casación de Miguel Blanco Gómez a quien el Tribunal Superior de Bucaramanga impuso seis años de presidio, no fue sustentada por el recurrente.

Pero como el señor Procurador delegado, ejercitando la atribución que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 invoca la causal 1ª sobre indebida aplicación de la ley penal, debe la Corte estudiar el asunto en el fondo.

A la pregunta hecha por el juez de si el procesado es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Francisco Ardila, contestó el Jurado: "Sí, en momentos de ser provocado a una riña por el muerto". En tales condiciones estima el señor Procurador que el juez a quo y el Tribunal anduvieron acertados al no apreciar el homicidio como ejecutado en riña; pero considera que el delito ha debido calificarse como uno de los casos menos graves a la faz de los artículos 587 y 602 del Código Penal, y que por consiguiente debió aplicarse al reo la pena atenuada de que habla la última de estas disposiciones.

Para resolver, se considera:

En repetidos fallos ha sentado la Corte la doctrina de que de acuerdo con el artículo 602 del Código Penal de 1890, la calificación de "menos grave" en los homicidios de que trata el artículo 587 ibídem, es del prudente arbitrio de los juzgadores de instancia.

Como ni el juez a quo, ni el Tribunal guardaron silencio respecto de ese punto, sino que analizaron la frase explicativa del veredicto del Jurado para llegar a la conclusión de que el homicidio perpetrado por Miguel Blanco Gómez no podía reputarse como de los voluntarios menos graves, es improcedente la tacha de violación de la ley penal aducida contra la sentencia.

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 dieciocho de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Miguel Blanco Gómez la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Francisco Ardila.

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

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en ppdad.

CASACION TOTAL, NO PARCIAL, POR DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER. SOBRE DELITOS CONEXOS

Habiendo dicho terminantemente el auto de proceder por homicidio y heridas que este último delito se cometió mediando riña en la cual se vio envuelto el acusado, esta circunstancia modificadora no puede desconocerse en la sentencia.

Y al infirmar ésta por tal motivo la casación del fallo debe comprender también la condenación por homicidio, supuesto que se trata de delitos conexos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, veintiséis de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo).

El Juzgado 2º Superior de Bogotá profirió sobreseimiento definitivo en favor de Anastasio Vásquez, acusado de los delitos de homicidio y heridas, por estimar que había obrado en ejercicio de legítima defensa.

Consultado el sobreseimiento con el Tribunal, esta entidad lo revocó, pues no aceptó la tesis de la legítima defensa, y en su lugar abrió causa criminal en los términos siguientes:

"Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en desacuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el auto consultado en los numerales 1º, 3º y 4º de su parte resolutiva, y en su lugar RESUELVE: 1º ABRIR CAUSA CRIMINAL por la vía en que interviene el Jurado contra ANASTASIO VASQUEZ por el delito de homicidio cometido en la persona de José Tomás Campos o Cruz, hecho cometido el 29 de mayo de 1931, en la vereda Sambamicos del Municipio de Girardot. De este delito trata el C. P. en su Libro 3º, Título I. 2º ABRIR CAUSA CRIMINAL por la misma vía en que interviene el Jurado contra ANASTASIO VASQUEZ por el delito de heridas causadas en riña (subraya la Corte) a Juan Campos o Cruz, el mismo día y en la misma vereda antes citadas. De este delito trata el C. P. en su Libro 3º, Título I, Capítulos VI y VII, y 3º ABRIR CAUSA CRIMINAL por la vía en que interviene el Jurado CONTRA JUAN CAMPOS o CRUZ por el delito de heridas en riña causadas a Anastasio Vásquez el mismo día y a la misma hora del anterior numeral; de este delito también trata el C. P. en su Libro, Título y Capítulos últimamente mencionados".

Es de observar que el desacuerdo del Tribunal con su Fiscal consistió en que este funcionario pidió la confirmación del sobreseimiento del Juzgado a quo, y el Tribunal dictó auto de proceder.

Tramitada la causa, respecto de Vásquez le fueron sometidos al Jurado los dos cuestionarios que en seguida se copian:

"Cuestión primera

"El acusado Anastasio Vásquez es responsable — sí o nó — de haber dado muerte voluntariamente a José Tomás Campos o Cruz por medio de heridas causadas con arma cortante y de peso (peinilla o machete); hecho ocurrido el veintinueve de mayo de mil novecientos trein-

ta y uno en jurisdicción municipal de Girardot?"

"Cuestión segunda

"El acusado Anastasio Vásquez es responsable — sí o nó — de haber herido voluntariamente a Juan Campos o Cruz, causándole con instrumento cortante y de peso (peinilla o machete) lesiones que le produjeron veinte días de incapacidad y le dejaron una deformidad levísima permanente; hecho ocurrido el veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y uno en jurisdicción municipal de Girardot?"

A una y otra cuestión contestó el Jurado simplemente con la palabra "Sí".

Sobre tales veredictos el Juzgado condenó a Anastasio Vásquez a la pena principal de siete años cuatro meses de presidio, así: seis años por el delito de homicidio, y diez y seis meses por el de heridas. El Tribunal confirmó esta condenación.

El defensor del reo interpuso casación contra el fallo del Tribunal, y al fundamentar el recurso ante la Corte dice:

"Me permito alegar como causales respectivas las siguientes:

1ª Ser la sentencia recurrida violatoria de la ley penal, por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma;

"2ª Atribuír la sentencia, por errónea apreciación de los hechos, un valor probatorio que éstos no tienen; y respecto de otros hechos procesales no haberlos tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en la causa, siendo unos y otros hechos, elementos constitutivos del delito, eximentes o por lo menos modificadores de la responsabilidad predicada, o circunstancias de influencia en la determinación de la sanción;

"3ª Ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria; y

"4ª Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad".

A su turno el señor Procurador delegado en lo penal coadyuva el recurso, pidiendo casación parcial de la sentencia recurrida, con base en la causal 4ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, y en efecto argumenta así:

"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

"En éste asentó el Tribunal Superior de Bogotá que entre Anastasio Vásquez y Tomás y Juan Campos se trabó una riña que no se sabe quién la provocó, riña de la cual resultaron heridos: Vásquez con un peinillazo en el hombre izquierdo que le propinó Tomás Campos, y nueve heridas superficiales que le causó Juan Campos con un cuchillo; y Juan Cruz o Campos con una herida causada por arma cortante y de peso que le produjo la pérdida de parte del antebrazo derecho.

"Y en la parte resolutiva del enjuiciamiento, dijo el Tribunal:

'Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en desacuerdo con su Fiscal y administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el auto consultado....., y en su lugar RESUELVE: 1º ..... 2º ABRIR CAUSA CRIMINAL por la misma vía en que interviene el Jurado contra ANASSIO VASQUEZ por el delito de heridas causadas en riña a Juan Campos o Cruz, el mismo día y en la misma vereda antes citados.....'

"Luego, leído ese auto, Anastasio Vásquez quedó convencido de que se le imputó un delito de heridas cometido en riña que no se sabe quién la provocó. Y sólo de ese cargo debía defenderse, y no de otro más grave. En tal virtud, la sentencia, al desconocer la circunstancia modificadora de la riña en que se vio envuelto el acusado, se puso en abierta contradicción con el auto de proceder, y la causal cuarta de casación resulta evidente.

"Bien sabido es que el objeto del auto de proceder es formularle los cargos al acusado con toda claridad y precisión, para que sepa de qué debe defenderse y el Juez por qué hechos debe condenar; pues de esa manera al sujeto se le condena con

lealtad y el Poder Público no se extralimita al imponer la pena.

"En consecuencia, el fallo debe infirmarse en esa parte. Las disposiciones penales aplicables son los artículos 645 (inciso 3º) y 661 del Código de 1890, considerando a Vásquez como provocado por interpretación benigna, ya porque el mismo auto de proceder sentó la duda al respecto, cuando dijo que la riña no se sabía quién la había provocado; y ya porque en ese combate Vásquez obró lealmente solo contra dos enemigos.

"Le corresponden, pues, ocho meses de reclusión. Pero como al comparar esta pena con la establecida para el mismo caso por el nuevo Código Penal, resulta que éste es más favorable al reo, entonces debe aplicársele de preferencia en virtud de los principios constitucionales y legales sobre retroactividad de la ley penal.

"Así, de acuerdo con los artículos 60, 373 (2º inciso), 377 y 384 del Código actual, y tomando las sanciones en su mínimo por carencia de circunstancias de mayor peligrosidad, la Procuraduría insinúa como medida de represión para Vásquez, por el delito de heridas, la de cuatro meses de presidio".

En cuanto al delito de homicidio, la Procuraduría es de concepto que debe mantenerse firme la sentencia del Tribunal.

Para resolver, la Corte considera:

No puede remitirse a duda que en el presente caso hay desacuerdo entre la sentencia del Tribunal y el auto de proceder por lo que hace a la circunstancia de la riña en el delito de heridas, lo cual implica la infirmación de dicho fallo como lo pide el señor Procurador; pero discrepa la Sala del concepto de este funcionario en cuanto a que la infirmación deba ser parcial y no total.

A pesar de que los hechos imputados a Vásquez se produjeron con breves intervalos de tiempo, al fin y al cabo vino a juzgársele por delitos conexos, dentro de una sola actuación, para efectos de la unidad procesal. Los cargos contra el sindicado Vásquez aparecen refundidos a tal extremo los unos con los otros que es jurídicamente imposible disgregarlos en busca de un nuevo juzgamiento parcial, máxime tratándose de asunto en que intervino el Jurado.

Vulnerable, pues, la sentencia por la causal 4ª, e infirmada ella, como debe infirmarse, toca a la Corte, en calidad de Tribunal de instancia, dictar el fallo que ha de reemplazarla; y en esa labor dispone la Sala del radio de acción que tuvo el Tribunal al emitir su pronunciamiento materia del presente recurso.

Ahora bien: En el proceso obran dos piezas que la Corte no puede pasar desapercibidas, a saber: El auto de sobreseimiento del Juez 2º Superior que sostiene la tesis de la legítima defensa, y la vista del fiscal del Tribunal en donde se pide la confirmación de esa providencia.

Las razones expuestas en aquel sobreseimiento, acogidas por la fiscalía del Tribunal, y que tienen no poco asidero en los autos, hacen surgir duda acerca de la responsabilidad del acusado; y entonces, sin que la Corte emita decisión alguna sobre tal responsabilidad o irresponsabilidad, misión que corresponde siempre al Jurado, puede ella en equidad estimar injustos los veredictos proferidos contra Anastasio Vásquez, no como motivo de casación, sino desde su ángulo de Tribunal de instancia, a fin de provocar un nuevo trance del proceso para que otros juzgadores de conciencia verifiquen una segunda confrontación de los factores que militan en pro y en contra del reo.

Respecto de Juan Campos o Cruz, no recurrente, considera la Sala innecesario disponer su nuevo juzgamiento; y como la condenación a la pena de quince días de arresto que se profirió contra él resulta acertada, es el caso de repetirla en esta providencia.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal 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 veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y ocho que impuso a Anastasio Vásquez la pena principal de siete años cuatro meses de presidio por los delitos de homicidio y heridas; y en su lugar ordena que se convoque un nuevo Jurado al cual debe someterse la causa en lo referente a los cargos contra dicho acusado.

Condénase a Juan Campos o Cruz por las heridas cometidas en la persona de Anastasio Vásquez, a la pena principal de quince días de arresto, computándosele el tiempo que haya permanecido en prisión preventiva, y a las accesorias de pago proporcional de las costas procesales y de pérdida del arma con que cometió el delito.

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

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodriguez. — Alberto Malo Baños, Srio. en ppdad.

PENA IMPUESTA SEGUN EL VIEJO CODIGO Y AUMENTO POR REINCIDENCIA, MAS BENIGNO, DE ACUERDO CON LA LEY PENAL NUEVA

El aumento de pena por motivo de reincidencia no tiene el carácter de pena accesoria. Por consiguiente puede hacerse de acuerdo con el nuevo Código Penal, en calidad de ley más favorable al reo, aun en el caso de aplicar el viejo código como ley más benigna en cuanto a lo principal de la condenación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veinte de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo)

Luis A. Echeverri, quien figura también en este proceso con los nombres de Alfonso Londoño y Joaquín Arias, fue condenado por el Tribunal Superior de Pereira a la pena de nueve años y nueve meses de presidio como responsable de la muerte de Arturo Barco.

El Tribunal le impuso seis años por el homicidio y tres años nueve meses como agravación de la pena por reincidencia. Contra el fallo recurrió Echeverri en casación ante la Corte, fundándose en que es equivocado el aumento de pena de que acaba de hablarse.

Opina el señor Procurador delegado en lo penal que en realidad hizo mal los cómputos el Tribunal por razón de la reincidencia, pero que de lo que se trata es de un error aritmético que puede y debe ser corregido por el juez a quo al poner en ejecución la pena, sin que sea el caso de que la Corte infirme la sentencia.

Para resolver se considera:

Acerca del cómputo equivocado, dice el señor Procurador:

"En efecto, haciendo las operaciones que indica el artículo 142 del Código, se obtiene el siguiente resultado:

"Pena que corresponde al delito de autos, 72 meses de presidio.

"Pena que se impuso al acusado en la primera condenación, 18 meses de presidio.

"Total: 90 meses.

"Esta suma se divide por el número de delitos, que son tres, a saber: el homicidio, la resistencia a la autoridad y el hurto. Y da un cuociente de 30 meses de presidio que, multiplicado por uno, que es el número de reincidencias, da igual resultado. Este producto, o sean 30 meses, representa el aumento por la reincidencia.

"Por tanto, le corresponden al reo: seis años por el homicidio y dos años y medio por la reincidencia. Total, ocho años y medio de presidio, en vez de nueve años y nueve meses que le impuso el Tribunal".

Además de estos errores que anota la Procuraduría debe observarse que la sentencia del Tribunal fue dictada cuando ya había entrado en vigencia el nuevo Código Penal, y que por consiguiente entre la agravación de la pena señalada por el Código de 1890 y la que establece el de 1936, ha debido optarse por la favorable al reo.

Y como el aumento para la primera reincidencia según el nuevo Código Penal (artículo 34), es de la tercera parte de la pena que se impone por el nuevo delito, es decir dos años en el presente caso, el total de la condenación debiera ser de ocho años de presidio. Esta fue la tesis de la sentencia de primer grado, la cual se modificó en ese punto por el Tribunal.

Complejo en verdad es el problema de la aplicación simultánea de dos legislaciones penales en busca de la solución más favorable al reo; pero el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que habla sobre los distintos eventos de aplicación de este principio, da en su inciso final la siguiente norma:

"Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna".

En tratándose de reincidencias, respecto de las cuales el aumento de la pena corporal no constituye una pena accesoria, la interpretación benigna conduce a escoger el aumento menos gravoso para el reo, no obstante aplicarse la ley antigua como más favorable en cuanto a la condenación principal. Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código suprimiera el aumento de pena por reincidencia, el juzgador tendría que prescindir de él aun cuando hubiera de castigarse conforme a la ley anterior el delito del reincidente.

Hubo, pues, indebida aplicación de la ley penal en el fallo recurrido; y aun cuando el señor Procurador conceptúa que tal cosa no pasa de ser un error aritmético y que los escritos del reo son propiamente alegatos de instancia, la Corte considera que en estos alegatos al fin y al cabo hay base para estimar el reparo como un motivo de casación, puesto que en ellos se impugna la sentencia del Tribunal con mira a dicha causal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada el dieciséis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho que impuso a Luis Alberto Echeverri la pena principal de nueve años y nueve meses de presidio por la muerte de Arturo Barco; y en su lugar condena al mismo Luis Alberto Echeverri o Alfonso Londoño o Joaquín Arias, a la pena de ocho años de presidio que cumplirá en el lugar de castigo que el Gobierno designe, computándosele como parte cumplida de ella el tiempo que el reo haya permanecido en detención preventiva.

Condénase además a Luis Alberto Echeverri a la suspensión indefinida de los derechos políticos; a la privación de todo empleo o cargo público y de toda pensión pagadera por el erario; al pago de las costas procesales y a la pérdida del arma con que cometió el delito.

Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 para los efectos de la anotación de esta sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Malo Baños, Srio. en ppdad.

JUICIO MILITAR POR DELITO DE DESERCION

Corte Suprema de Justicia—Sala de lo Penal—Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Salvador Iglesias)

Vistos: El 20 de mayo de 1939 el Consejo de Guerra Ordinario del Batallón Córdoba de Infantería número 5, reunido en Santa Marta, condenó al soldado Luis Manjarrés Fontalvo, por el delito de deserción.

La sentencia del Consejo de Guerra impuso al desertor la pena de un año de prisión y la accesoria de retiro del Ejército.

En consulta fue tal fallo al Tribunal Superior de Santa Marta, de acuerdo con lo ordenado por el numeral 5º del artículo 44 de la Ley 94 de 1938) nuevo Código de Procedimiento Penal).

Resultando 1º Que el mencionado soldado Luis Manjarrés Fontalvo está condenado por el Consejo de Guerra a la pena principal de un año de prisión y a la accesoria de retiro del Ejército.

Resultando 2º Que el Tribunal de Santa Marta, a donde subió en consulta tal fallo, por virtud de lo dispuesto por el numeral 5º, del artículo 44 de la Ley 94 de 1938, resolvió enviar los autos a la Corte Suprema de Justicia por considerar no ser dicho Tribunal el competente.

Considerando 1º Que la razón expuesta por el Tribunal para declararse incompetente y remitir el proceso a la Corte Suprema de Justicia para los efectos del numeral 1º del artículo 35 del Código de Organización Judicial, es la siguiente:

"Según el artículo 170 de la Constitución Nacional, 'de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Militar' (subraya el Tribunal).

"De suerte, pues, que esos Tribunales Militares deben sujetarse estrictamente en los procedimientos judiciales, a lo que estatuye el Código Militar. Y éste, en su artículo 98, dispone que una vez leída la sentencia por el Presidente del Consejo, debe 'ser notificada a las partes y pasado luégo el proceso al Comando Superior, para que sea enviado a la Corte Suprema de Justicia, en consulta de la sentencia, si ésta no fuere recurrida'. (Subraya el Tribunal).

"El Consejo Juzgador cumplió lo dispuesto en el artículo 98 del Código Militar. Pero el Comando Superior, a quien fue remitido el proceso de acuerdo con el citado artículo 98, en vez de enviarlo 'a la Corte Suprema de Justicia en consulta de la sentencia, lo remitió a este Tribunal en obedecimiento de lo que dispone el ordinal 5º del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

"Parece evidente que mientras no se reforme el Código Militar en este sentido, los Tribunales militares deben cumplir íntegramente lo dispuesto en el artículo 98 de ese Código, por mandato del precepto constitucional antes mencionado".

Considerando 2º Que la Corte no comparte la tesis del Tribunal de Santa Marta y que por ello de plano se abstiene de asumir el conocimiento de este asunto, fundada en las siguientes razones, que son las mismas que en casos similares tiene expuestas y asentadas como doctrina, razones que son las contenidas en la decisión de esta misma fecha en el negocio militar del Cabo 1º Manuel J. Castro y que a la letra dicen:

"Cierto es que el art. 170 de la Carta

dispone que 'de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar'; y que tanto en el capítulo 8º, título único, libro 2º de la Ley 84 de 1931 (de justicia militar), como en el artículo 35, numeral 1º, de la Ley 105 de 1931 se confería a la Corte Suprema el conocimiento de los recursos de nulidad, apelación o consulta de las causas militares.

"Pero como una ley puede ser reformada por otra, no hay inconveniente en que a las arriba citadas las haya modificado el ordinal 5º, artículo 44, de la Ley 94 de 1938, en el sentido de atribuir a los Tribunales Superiores el conocimiento de las apelaciones y consultas en esas causas. Lo que equivale a decir que el precitado ordinal 5º debe considerarse incorporado en el Código Militar.

"El hecho de que se modifique por una nueva ley la jurisdicción ordinaria para el conocimiento en segunda instancia de las causas militares, en nada peca contra el artículo 170 de la Constitución, mientras en esa instancia se conserve el fuero militar y se apliquen las disposiciones penales militares, que es a lo que tal disposición se refiere".

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se inhibe para conocer del presente juicio militar y ordena devolverlo al Tribunal Superior de Santa Marta, por ser de su competencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Salvador Iglesias—José Antonio Montalvo—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN JUICIO MILITAR — EL ORDINAL 5º DEL ARTICULO 44 DE LA LEY 94 DE 1938 DEBE CONSIDERARSE INCORPORADO EN EL CODIGO MILITAR

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Penal — Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Salvador Iglesias).

VISTOS: El 28 de agosto de este año, el Tribunal Superior de Santa Marta declaró nulo lo actuado en este proceso y ordenó su remisión a la Corte.

Este es un proceso militar.

Se inició el 5 de octubre de 1938 y versa sobre el delito de deserción.

El sindicado es el cabo Manuel J. Castro, perteneciente al Grupo de Caballería número 2 "Rondón".

La deserción ocurrió el día 3 de octubre de 1938 en el acantonamiento de "Buena Vista", y según aparece de autos, el mentado cabo, que es natural de Fosca, Departamento de Cundinamarca, se fue desde la guarnición de "Buena Vista" a Caracolicito, población del Municipio de Valle Dupar, en donde permaneció, hasta que resolvió presentarse al Comando de la Brigada, voluntariamente.

El Consejo de Guerra, reunido en "Buena Vista" el 28 de abril de 1939, condenó al cabo 1º Manuel J. Castro a la pena principal de un año de prisión y a la accesoria de retiro del Ejército. Aplicó para ello el artículo 209 del Código Militar (Ley 84 de 1931).

El reo apeló de esta sentencia.

El Comando concedió la apelación, y remitió el proceso al Tribunal de Santa Marta, en donde se le dio la tramitación del caso. Pero estando en ella, el reo pidió beneficio de excarcelación.

Se ordenó por el Tribunal que cesara la prisión preventiva, fallando lo de fondo, es decir, la revisión de la sentencia condenatoria, por apelación, el 28 de agosto de 1939, el Tribunal de Santa Marta resolvió que lo actuado por él en las diligencias desde el día en que vino el proceso a su conocimiento, era nulo. Así lo declaró, apoyándose en el artículo 200 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), disponiendo consecuencialmente que los autos se remitieran, para conocimiento de la apelación, a la Corte Suprema de Justicia.

RESULTANDO 1º Que el cabo Manuel J. Castro fue condenado por un Consejo de Guerra reunido en "Buena Vista" a la pena de un año de prisión y a la accesoria de retiro del Ejército, calificando su delincuencia en grado mínimo.

RESULTANDO 2º Que habiendo apelado el reo de la sentencia condenatoria del Consejo de Guerra, el Tribunal de Santa Marta, a quien correspondía conocer de esta apelación, según el numeral 5º, artículo 44 de la Ley 94 de 1938 (nuevo Código de Procedimiento Penal), resolvió, después de algunos trámites, declarar nulo lo actuado ante él y remitir los autos a esta Sala de la Corte, por ser de su competencia.

CONSIDERANDO 1º Que las razones expuestas por el Tribunal son las siguientes:

"El Tribunal acogió el recurso, y en consecuencia, ha venido tramitándolo, dándole aplicación a lo establecido en el ordinal 5º del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo de lo dispuesto allí, cae ahora en la cuenta de que por estar los militares sometidos a una jurisdicción y a un procedimiento es-

peciales por mandato del artículo 170 de la Constitución Nacional, debe darse preferencia a lo que ese procedimiento especial determine, debiendo, por tanto, desoirse lo que estatuyan las disposiciones del régimen común, si éstas son incompatibles con las prescripciones de aquél incorporadas en el Código Militar.

"Dice, en efecto, el mentado artículo 170: 'De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar'. (Sub. el Tribunal).

"Ahora bien: el artículo 98 del Código Militar dispone que dictada una sentencia por el Consejo de Guerra Ordinario, debe ella ser enviada por conducto del Comando Superior a la Corte Suprema de Justicia, en consulta si no fuere recurrida. Contraria a esta disposición es el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, que señaló a los Tribunales Superiores la función de revisar esos mismos fallos. Pero esta última disposición pertenece a una ley que regula el procedimiento común; en tanto que la primera, con la cual es incompatible, pertenece a la ley militar. Ante ese conflicto, la ley común debe ceder su puesto para darle paso a las prescripciones del Código Militar, pues es de acuerdo con las disposiciones de éste como deben juzgarse los individuos pertenecientes al Ejército, como claramente lo tiene establecido el ya citado artículo 170 de la Constitución Nacional.

"De lo expuesto se concluye que lo actuado por este Tribunal en el presente negocio ha quedado viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción (artículo 198, ordinal 1º, C. de P. P.) Tócale pues obrar ahora de conformidad con el artículo 200, ibidem; y en consecuencia, y bajo la fórmula de administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

"Declárase nulo lo actuado por el Tribunal en este proceso, el cual será remitido a la H. Corte Suprema de Justicia para lo de su cargo".

CONSIDERANDO 2º Que la Corte Suprema no comparte la tesis sostenida por el Tribunal de Santa Marta y por ello se abstiene de asumir el conocimiento del negocio, por las siguientes razones, ya expresadas en caso similar y en auto de fecha 14 de los corrientes, en el proceso militar de los cabos Gabriel Angulo Reyes y Carlos Guillermo Hernández, en delito de deserción, y en el cual caso también el Tribunal de Santa Marta consideró que era incompetente para revisar la sentencia de un Consejo de Guerra.

Tales razones son las siguientes:

"Cierto es que el artículo 170 de la Carta dispone que 'de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar'; y que tanto en el capítulo 8º, título único, libro 2º de la Ley 84 de 1931 (de justicia militar), como en el artículo 35, numeral 1º, de la Ley 105 de 1931 se confería a la Corte Suprema el conocimiento de los recursos de nulidad, apelación o consulta de las causas militares.

"Pero como una ley puede ser reformada por otra, no hay inconveniente en que a las arriba citadas las haya modificado el ordinal 5º, artículo 44, de la Ley 94 de 1938, en el sentido de atribuir a los Tribunales Superiores el conocimiento de las apelaciones y consultas en esas causas. Lo que equivale a decir que el precitado ordinal 5º debe considerarse incorporado en el Código Militar.

"El hecho de que se modifique por una nueva ley la jurisdicción ordinaria para el conocimiento en segunda instancia de las causas militares, en nada peca contra el artículo 170 de la Constitución, mientras en esa instancia se conserve el fuero militar y se apliquen las disposiciones pe-

nales militares, que es a lo que tal disposición se refiere".

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE INHIBE para conocer del presente juicio militar y ordena devolverlo al Tribunal Superior de Santa Marta, por ser de su competencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Salvador Iglesias — José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo B., Srio.

DELITO DE TOLERANCIA EN CUANTO AL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES LEGALES DE EMPLEADOS SUBALTERNOS — SE CONFIRMA LA SENTENCIA RECURRIDA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Salvador Iglesias).

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de fecha 10 de julio de 1939, condenó a Luis María Parrado G. a pagar al Tesoro Nacional la multa de diez pesos.

Esta sanción se la impuso el Tribunal al citado Parrado G. como infractor del artículo 518 del Código Penal de 1890.

Parrado G. apeló del fallo.

En estas circunstancias, la Corte considera:

Primero—El concepto del señor Procurador

Dice este concepto:

"Por auto de 18 de marzo del año pasado, la H. Corte llamó a sincerarse en juicio al señor Luis María Parrado G., como infractor de alguna de las disposiciones contenidas en el Capítulo 5º, Título 10, Libro 2º del Código Penal de 1890.

"Agotado el juicio, el Tribunal Superior de Bogotá lo clausuró con sentencia de diez de julio último, por medio de la cual condenó al señor Parrado a una multa de diez pesos, como infractor en tercer grado del artículo 518 de aquel Código.

"De tal fallo apeló el acusado.

"La imputación consiste en que el señor Parrado, en su carácter de Juez 2º del Circuito de La Mesa, toleró que su escribiente Luis María Castilla cobrase tranquilamente las nóminas relacionadas con el servicio de su cargo, sin haberlo desempeñado; aún más, sin concurrir siquiera a la oficina.

"Como lo dijo la Procuraduría en otra ocasión, 'el hecho imputado al señor Juez interino — y se habla sólo de éste porque es el único justiciable por la Corte - - no puede estimarse como una simple irregularidad, por la sencilla razón de que se encuentra contemplado y sancionado expresamente en el Código Penal, que habla de 'el superior que tolere a sus inferiores y subordinados el que no cumplan las leyes, reglamentos y órdenes que los incumban, pagará una multa de diez a doscientos pesos'.

"Tolerar significa 'disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente'.

"Pues bien: el Juez acusado toleró que un escribiente de su oficina, nombrado por él, no cumpliera con los deberes de su cargo. Toleró también que el Secretario del mismo Juzgado concediera licencias, si en verdad éstas fueron concedidas, sin tener la facultad legal para ello, puesto que una solicitud de ese género sólo podía resolverla el propio Juez, de acuerdo con el artículo 112 del Código Judicial.

"Estos hechos se hallan plenamente establecidos con las declaraciones de Marco Aurelio Herrera, Belisario Latorre, Jorge Carrillo Tavera, Gabriel Rueda, Gregorio Tarquino, Aparicio Molina, Eudoro Caicedo, Manuel González y Felipe Herrera, y con la propia confesión del acusado.

"Y como tales pruebas no fueron infirmadas durante el plenario — que no lo hubo — la condenación del señor Parrado es de rigor.

"La penalidad estuvo bien aplicada en tercer grado, por ausencia de circunstan-

cias agravantes. Omitió si el Tribunal imponer la pena accesoria de pago de las costas procesales, conforme lo ordena el artículo 86 del Código Penal.

"En tal virtud, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que confirme la sentencia recurrida, adicionándola en el sentido de condenar al señor Luis María Parrado G. al pago de las costas procesales que se hubieren causado".

Segundo — El análisis del fallo

Encuéntrase:

a) Que evidentemente Parrado G. fue llamado a juicio como infractor de alguna de las disposiciones contenidas en el capítulo 5º, título 10, libro 2º, del Código Penal de 1890;

b) El cargo quedó concretado en el auto de proceder;

c) Las pruebas del hecho imputado resultan de varias declaraciones: las de Marco Aurelio Herrera, Belisario Latorre, Jorge Carrillo Tavera, Gabriel Rueda y otros y con la propia confesión del acusado.

Tales pruebas no fueron infirmadas durante el plenario.

La condenación de Parrado G. resulta entonces legal.

Tercero — La aplicación de la ley

El Tribunal aplicó al caso el artículo 518 del Código Penal de 1890, artículo que a la letra dice:

"El superior que tolere a sus inferiores y subordinados el que no cumplan las leyes, reglamentos y órdenes que les incumban, pagará una multa de diez a doscientos pesos".

El nuevo Código Penal, en su artículo 172, disposición que contempla el caso similar, establece una sanción de multa de diez a trescientos pesos.

Como el Tribunal apreció en grado mínimo la responsabilidad del acusado, en grado mínimo sancionó el caso, aplicándole una multa de diez pesos.

Determinó, además, en la sentencia la aplicación del artículo 82, referente a la ejecución de la misma sentencia, una vez ejecutoriada.

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que la sentencia apelada ha de confirmarse, tanto más cuanto que no existe ninguna nulidad en el procedimiento.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 10 de julio de 1939, que condenó a LUIS MARIA PARRADO G. a pagar al Tesoro Nacional una multa de diez ($ 10.00) pesos, multa que debe cubrir, una vez ejecutoriado este fallo, al respectivo Recaudador de Hacienda; adicionándola en el sentido de condenar también a Parrado G. al pago de las costas procesales.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias — José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo B., Srio.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN JUICIO MILITAR

El ordinal 5º del artículo 44 de la Ley 94 de 1938 debe considerarse incorporado en el Código Militar, lo que vale decir que a los Tribunales Superiores les corresponde el conocimiento de las apelaciones y consultas en causas militares. El hecho de que se modifique por una nueva ley la jurisdicción ordinaria para el conocimiento en segunda instancia de las causas militares, en nada peca contra el artículo 170 de la Constitución, mientras en esa instancia se conserve el fuero militar y se apliquen las disposiciones penales militares, que es a lo que tal disposición se refiere.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, febrero seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Alejo Rodríguez)

Vistos:

Con fecha catorce de abril del año próximo pasado se inició este proceso militar contra el soldado Alejandro Córdoba Yepes por deserción.

Resultando:

1º Córdoba Yepes fue absuelto por el Consejo de Guerra reunido en Rionegro el veintidós de mayo de mil novecientos treinta y nueve.

2º Remitido el expediente en consulta al Tribunal Superior de Medellín, esta entidad resolvió enviar los autos a esta Sala por estimar el asunto de competencia de la Corte.

Considerando:

1º Las razones expuestas por el Tribunal de Medellín para remitir el proceso a la Corte, son del tenor siguiente:

"Cuando ya había entrado en vigencia la Ley 94 de 1938 fue cometido el delito militar de deserción de que fue acusado el soldado Alejandro Córdoba Yepes, y al cual se refiere la presente causa.

Dice la citada ley, entre otras cosas, en su artículo 44: 'Los Tribunales Superiores de Distrito, por medio de las Salas Penales conocen... 5º De las apelaciones y de las consultas de las sentencias dictadas por los consejos ordinarios y superiores de guerra, y de los incidentes de nulidad que susciten en las causas militares de que conocer dichos Consejos'.

En el presente caso, la aplicación de ese precepto equivaldría a violar la Constitución de la República y vendría a dar campo a una nulidad: la incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior de Medellín.

Y a propósito el señor Procurador delegado en lo penal ha sostenido lo siguiente:

'En el mismo artículo 44 se encuentra el ordinal 5º, que ha sido tachado, parece que con razón, de inconstitucional. En efecto: el artículo 170 de la carta fundamental preceptúa que 'De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código militar'. El Código militar dispone que de las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas por esos Tribunales militares conocerá la Corte Suprema de Justicia (artículo 28 y luégo 112 de la Ley 84 de 1931). Mientras

no se modifique el Código penal militar, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial no son competentes para conocer en segunda instancia de las causas militares'. (Extracto de las doctrinas penales de la Procuraduría, 1939).

Por lo expuesto y por conducto del Comando Superior de la 4ª Brigada, envíese el presente negocio al Ministerio de Guerra, con el fin de que el Ministerio lo remita a la H. Corte Suprema".

2º No comparte la Corte esta tesis sustenida por el Tribunal de Medellín, y por ello de plano se abstiene de asumir el conocimiento del negocio, por las siguientes razones:

Cierto es que el artículo 170 de la Carta dispone que "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del código penal militar"; y que tanto en el capítulo 8º, Título único, Libro 2º de la Ley 84 de 1931 (de justicia militar), como en el artículo 35, numeral 1º, de la Ley 105 de 1931 se confería a la Corte Suprema el conocimiento de los recursos de nulidad, apelación o consulta de las causas militares.

Pero como una ley puede ser reformada por otra, no hay inconveniente en que a las arriba citadas las haya modificado el ordinal 5º, artículo 44, de la Ley 94 de 1938, en el sentido de atribuír a los Tribunales Superiores el conocimiento de las apelaciones y consultas en esas causas. Lo que equivale a decir que el precitado ordinal 5º debe considerarse incorporado en el Código Militar.

El hecho de que se modifique por una nueva ley la jurisdicción ordinaria para el conocimiento en segunda instancia de las causas militares, en nada peça contra el artículo 170 de la Constitución, mientras en esa instancia se conserve el fuero militar y se apliquen las disposiciones penales militares, que es a lo que tal disposición se refiere.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se inhibe para conocer del presente juicio militar y ordena devolverlo al Tribunal Superior de Medellín por ser de su competencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Pedro Alejo Rodríguez—José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias. — Alberto Mulo B., Srio. en ppdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

TACHA DE UN DICTAMEN PERICIAL.—ERROR GRAVE

Conforme a la crítica jurídica y a las reglas generales que rigen la prueba pericial, debe entenderse que el error grave debe ser de naturaleza tal que al estar debidamente comprobado dé base para juzgar que ha influído total o siquiera parcialmente en la mente de los peritos para dar su dictamen, esto es, que si no hubiera sido por tal error el dictamen no habría sido el mismo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Francisco Vizcaíno)

En virtud de apelación concedida al demandante Julio Rodríguez Ll., de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el presente juicio que adelanta contra la Nación sobre avalúo de unos perjuicios, ha venido el proceso a la Corte para decidir el recurso. El juicio se abrió a pruebas y el apoderado del actor pidió un avalúo por medio de peritos, prueba que fue decretada por el Magistrado sustanciador y practicada por el Tribunal de Cartagena, a quien se comisionó al efecto. Para los fines legales se puso en conocimiento de las partes el dictamen pericial, y el señor Procurador Delegado, en escrito de fecha 24 de noviembre último, tachó ese dictamen por considerarlo viciado de error grave, haciendo uso de la facultad que reconoce el artículo 720 del C. J. Abierta la articulación respectiva se dio traslado al apoderado del demandante, quien lo evacuó impugnando la tacha, por lo cual se abrió el incidente a pruebas. Practicadas las pedidas por ambas partes y recibidos los alegatos que se presentaron, se procede a decidir la articulación.

Para precisar mejor el punto debatido se trascriben las partes pertinentes del memorial de prueba, del auto en que se decretó y del dictamen pericial.

El apoderado del demandante pidió "que se decretara el avalúo pericial de los perjuicios sufridos en sus propiedades, situadas como se indica en este juicio por el señor Fidel Castilla, de quien mi poderdante es cesionario, teniendo en cuenta los peritos las pruebas allegadas al juicio y los siguientes hechos: a) que con motivo de los cortes hechos por el Gobierno Nacional para las obras de canalización del Dique de Cartagena, le fueron mermados al señor Fidel Castilla terrenos de su propiedad aledaños al canal en una extensión de 9 hectáreas 5,738½ m2; los señores expertos avaluarán esta zona atendida la calidad y valor de los terrenos de que fue segregada; b) que dicha zona de terreno estaba sembrada de árboles frutales y de pasto; los peritos tendrán en consideración las declaraciones existentes en el proceso sobre la clase de árboles frutales que había en la zona desmembrada, su producido, la clase de pastos, su producido, etc., etc.; y avaluarán separadamente el rendimiento anual de

dicha zona tanto en pastos como en frutos; y c) los señores peritos avaluarán separadamente el valor de dichas mejoras en pastos y árboles frutales, según la extensión ocupada por cada uno de estos cultivos, atendidas las pruebas que obran en el expediente".

El entonces Magistrado sustanciador doctor Cardoso Gaitán dijo en su auto: "Con citación del señor Procurador Delegado en lo Civil se decreta la práctica de la prueba solicitada por el apoderado de la parte actora. Los peritos para su dictamen, tendrán en cuenta las pruebas que obran en autos y los hechos que el apoderado señala bajo los ordinales a), b) y c) del respectivo pedimento".

Los peritos nombrados por las partes señores Alfredo Araújo Grau e Isaías Bermúdez C. rindieron su dictamen en escrito de 29 de octubre de 1938. Comenzaron por anotar los puntos sobre que iba a dictaminar conforme al memorial de pruebas, y los elementos que debían tomar en cuenta para su dictamen de acuerdo con aquella petición y lo ordenado por el Magistrado. Hacen después una relación de los varios hechos y pruebas que obran en autos y que habían de servirles para hacer los avalúos; y luégo dicen: "Teniendo en cuenta todos los hechos anteriormente anotados y los datos que aparecen en autos, el conocimiento del terreno de los potreros Tía Augusta y Dique, de las regiones en donde están ubicados, informes de los habitantes de San Estanislao y Soplavientos y también la cercanía de esta ciudad, lo mismo que la facilidad de transporte para esta ciudad (Cartagena) y Barranquilla, ya que dichos potreros están a la orilla del Dique de Cartagena por donde surcan vapores para esta ciudad (Barranquilla y todo el interior del país), procedemos al avalúo que se nos solicita así: avaluamos las hectáreas de terrenos mermados a razón de $ 200.00 la hectárea ($ 1,915.67). Los árboles frutales en $ 1,000.00. El producido de los árboles frutales en $ 300.00 anuales. Los pastos en la suma de pesos 766.20. El producido de los pastos existentes en la faja o lote de terreno mermada en $ 14.00 mensuales. (Cuaderno número 7)".

Los hechos en que el Representante de la Nación funda la tacha que pone al dictamen pericial puedo sintetizarse así: Que la Corte en sentencia de fecha 2 de junio de 1932 condenó a pagar a la Nación una suma ilíquida por razón de perjuicios ocasionados a Fidel Castilla por los trabajos de canalización en el canal del Dique; que en el juicio ejecutivo seguido por el actual demandante se remató por $ 800.00 el crédito que Castilla tenía contra la Nación, crédito que, en el avalúo que se hizo en ese juicio fue avaluado en $ 1,200.00; que en la demanda de 22 de julio de 1936 del señor Julio Rodríguez Ll., base del presente juicio, el demandante Rodríguez pidió que se ordenara a la Nación pagarle la suma de $ 2,800.00, haciendo una especificación detallada de cada una de las partidas con que se integra la mencionada suma, y especificó no solamente el valor del terreno y los cultivos que el mismo tenía, sino que también determinó en la suma de $ 900.00 el lucro cesante, calculando que el producido de las tierras que fueron destruídas por la draga era de $ 7,50 mensuales; que el avalúo hecho por los peritos por concepto de daño emergente fija los daños en la cantidad de $ 3,691.93, es decir, que considera que cada una de las hectáreas destruídas tenía un valor superior a $ 400.00 y que casi en parte alguna de la República, ni en las regiones más agrícolas y feraces se encuentran terrenos que tengan un semejante valor por hectárea; y que los peritos, por otra parte, estimaron el lucro cesante calculando un período de diez años más o menos desde la fecha en que se causaron los perjuicios hasta el presente en la suma de $ 4,780.00, y ya se vio que el actor estimó esta parte de los perjuicios únicamente en la suma de $ 900.00".

El apoderado impugnó las objeciones formuladas por el Procurador, diciendo, en síntesis, esto: "que está reñida con la realidad de los autos la afirmación que

hace el Procurador cuando dice que en la instancia de 2 de julio de 1932 "se condenó a la Nación a pagar una suma líquida de perjuicios"; que "del hecho de que un demandante al regular el monto de su acción fije en una suma inferior ésta, a la que proporcionalmente señalen los peritos, no traduce tal diferencia error de apreciación en el dictamen; que si el actor en el momento de iniciarse la demanda no puede precisar con firmeza matemática el monto del perjuicio sufrido, de aquí no se desprende en sana lógica que la regulación posterior en sus diferencias numéricas con el monto de la acción traduzca error tan grave que comprometa la solidez del dictamen, pues ya está dicho que la soberanía del juzgador en punto a apreciar el valor del dictamen tiene un carácter absoluto; y que si una hectárea de tierra no puede valer en Colombia $ 100.00, la agricultura debería cederle el paso a cualquiera otra industria y los cafeteros y bananeros que estiman la fanegada en más de mil pesos deberían a su vez abstenerse de colaborar en la producción nacional".

Sobre las anteriores bases, entra la Sala a analizar y apreciar concretamente las objeciones formuladas por el señor Procurador Delegado y las impugnaciones del señor apoderado.

En primer lugar se anota que el apoderado para impugnar la primera objeción del Procurador toma como base una afirmación que le atribuye y que él no ha hecho; porque, en verdad, no es exacto que aquel funcionario afirme —como dice el apoderado— que en la sentencia de 2 de junio de 1932 se condenó a la Nación a pagar una suma líquida de perjuicios. No: lo afirmado por el Procurador no es eso, por lo menos así consta en su memorial de objeciones, en que se lee esto: "En sentencia de fecha 2 de junio de 1932 ese Despacho (la Sala de Negocios Generales) condenó a pagar a la Nación una suma iliquida por razón de los perjuicios ocasionados al señor Fidel Castilla por los trabajos de canalización en el Canal del Dique. (Cuaderno N° 8, folio 1°).

Como se ve, lo que el Procurador afirma es absolutamente lo contrario de lo que se le atribuye; y como quiera que el señor apoderado ha aducido argumentos para demostrar lo infundado de aquella afirmación inexistente, no procede analizar tales argumentos.

En lo tocante a la conclusión a que llega el Procurador sobre que el demandante Rodríguez remató por $ 800.00 el crédito de Fidel Castilla contra la Nación en el juicio ejecutivo que aquél siguió contra ésta, y que si ninguna persona juzgó conveniente hacer postura por una suma mayor de $ 800.00, es forzoso concluir que el bien rematado no podía tener un valor superior a esta cantidad"; se observa que tal conclusión carece de fundamento sólido y mucho más para justificar el error grave que se le atribuye al dictamen pericial. En efecto: obra en autos la diligencia del avalúo practicado por los peritos en el citado juicio ejecutivo y consta allí que lo que los peritos avaluaron en $ 1,200.00 fueron "los derechos reconocidos, a título de perjuicios, en el fallo de 2 de junio de 1932 por la H. Corte Suprema de Justicia en la demanda ordinaria que adelantó el ejecutado (Fidel Castilla) contra la Nación, y que le dieron aquel valor porque conceptuaron que "por cuanto que el fallo que finalizó la demanda ordinaria del ejecutado Fidel Castilla contra la Nación solamente reconoció el pago de perjuicios por la faja de terreno cortada en la obra de dragado del Dique y esa faja de tierra junto con los árboles frutales y los cultivos allí existentes, en justicia debe asignárseles un precio muy inferior a los derechos embargados, teniendo en cuenta que para lograr su efectividad será preciso promover acciones judiciales, y además, que es necesario incluir, ya que forman parte integrante de esos derechos, las costas causadas en la demanda ordinaria que promovió el ejecutado señor Fidel Castilla contra la Nación para obtener ese reconocimiento". (Cuaderno N° 4, folios 6 y 7).

De lo anterior se infiere, sin lugar a duda, que los peritos le dieron a los dere-

chos embargados, y rematados después por Rodríguez, un precio inferior al que consideraron que tenía, tomando en cuenta los motivos por ellos expuestos. Y acaso tuvieron algo de razón los peritos, pues es evidente que lo avaluado fue el simple derecho que Castilla tenía para pedir la fijación en dinero de los perjuicios a que había sido condenada la Nación, es decir, a seguir un juicio contra ésta, juicio que podía resultar más o menos largo y costoso. Y no es una mera suposición infundada, puesto que el presente juicio es precisamente el que inició el rematador para la efectividad del derecho rematado.

Por otra parte, en el memorial en que se solicitó el dictamen pericial se pidió expresamente que los peritos para hacer el avalúo tuvieran en cuenta los elementos probatorios existentes en el juicio, y los hechos consignados por el solicitante en su memorial, y así lo ordenó el Magistrado en el respectivo auto en que decretó la prueba. De manera pues, que el hecho de que los peritos hubieran fijado el monto del avalúo en una suma mayor de la en que el demandante Rodríguez hizo el remate, en manera alguna puede tomarse como base para considerar ese avalúo viciado de error grave. Del propio modo que tampoco habría podido considerarse así, en el caso en que los peritos hubiesen señalado una suma menor. Este concepto no significa—desde luego—que la Sala juzgue que el dictamen pericial esté o no suficientemente fundamentado, pues punto es ese que se estudiará cuando vaya a apreciarse ese dictamen para fallar el pleito.

En lo referente a la otra objeción consistente en la diferencia que anota el Procurador entre la suma fijada por el demandante y la a que asciende el avalúo hecho por los peritos, conceptúa la Sala que tampoco puede ese hecho servir de base para considerar viciado de error grave el avalúo; pues forzoso es tomar en cuenta que los peritos conforme a lo pedido por el actor y lo ordenado en el auto en que se decretó la prueba, tuvieron que hacer los avalúos parciales solicitados; y son esos avalúos los que integran la suma total que señala el señor Procurador para anotar aquella diferencia. Cosa distinta es que sea procedente o no, condenar a la Nación al pago de aquella suma, cuestión esa, que no se debate ahora y que se estudiará en la debida oportunidad. A esto se agrega que si se hace una comparación entre las cosas sobre que recae el dictamen pericial y las que el actor tuvo en cuenta para formular la liquidación consignada en el libelo de demanda, se encuentra una diferencia grande, tan grande como la existente entre la suma fijada por los peritos y la señalada por el actor. Y la explicación es obvia: el demandante avaluó cinco cabuyas de terreno a $ 200.00 cada una y los peritos avaluaron más de 9½ hectáreas también a $ 200.00. Y no cabe argüir, en este incidente, que los peritos hubieran incurrido en error grave al avaluar tal número de hectáreas, toda vez que en la prueba pericial que se pidió y practicó en la primera instancia del juicio, los peritos que en ella intervinieron fijaron la cabida de la faja de terreno, materia del debate, en tal número de hectáreas; y a los peritos que hicieron el avalúo en esta segunda instancia, se les ordenó como ya se dijo—hacerlo teniendo en cuenta las pruebas allegadas al juicio. De manera que la tacha de error grave al dictamen pericial, desde ese punto de vista, resulta infundada. Acaso habría sido procedente haberla formulado contra el dictamen pericial en la primera instancia.

La tercera objeción se hace consistir en el hecho de que los peritos fijan como valor del daño emergente ($ 3,791.93), es decir — afirma el señor Procurador— que los peritos consideran que cada una de las hectáreas destruídas tenía un valor superior a ($ 400.00), y en que los mismos peritos, dice también el Procurador, "estimaron el lucro cesante, calculado un período de diez años más o menos desde la fecha en que se causaron los perjuicios hasta el presente, en la suma de ($ 4,780.00). Y ya se vio — dice — que el actor estimó esta parte de los perjui-

cios únicamente en ($ 900.00)".

A este respecto se observa, como ya se anotó en otra parte de este fallo, que el apoderado del actor en su memorial de pruebas, pidió concretamente que los peritos, teniendo en cuenta las pruebas allegadas al juicio, avaluaran separadamente el valor de las hectáreas de terreno mermadas, la cantidad y clase de los árboles frutales que habían en la zona desmembrada, su producido, la clase de pastos, su producido, el rendimiento anual de dicha zona tanto en pastos como en frutos, el valor de dichas mejoras en pastos y árboles frutales según la extensión ocupada por cada uno de esos cultivos, atendidas las pruebas que obran en el expediente; y que en el auto en que se decretó la prueba se dispuso que los peritos para dar su dictamen "tendrían en cuenta las pruebas que obran en autos y los hechos que el apoderado señala bajo los ordinales a), b) y c) del respectivo pedimento". (Los que acaban de detallarse). Y examinado el dictamen pericial, se observa que los peritos avaluaron separada y concretamente todas esas cosas.

De consiguiente, tal dictamen recae sobre cada uno de los puntos del memorial de pruebas, acerca de los cuales debían los peritos dictaminar; y se atuvieron a lo que se les pidió que avaluaran teniendo en cuenta los elementos de prueba existentes en el juicio.

Ahora, que el avalúo dado a cada una de esas cosas sea acertado o no, o esté suficientemente fundado o no, daría margen para haberles exigido a los peritos aclaración, explicación o exposición de fundamentos, de acuerdo con el artículo 719 del C. J.; pero en concepto de la Sala, esos hechos no pueden considerarse como base firme para dar por demostrada la existencia del error grave de que habla la Ley. Tales hechos serán materia de estudio al tiempo de fallar el pleito.

Como lo apunta el Agente del Ministerio Público en su memorial de objeciones, el actor en su demanda, estimó en "($ 900.00) el daño emergente y lucro cesante de los pastos existentes en la faja cortada, o sea el producido obtenible en ella....." y la suma señalada por los peritos, por tal concepto, excede de ($ 4,000), y en lo referente a los árboles frutales el actor "no se atrevió siquiera a tomarlos en cuenta". Todo eso es cierto; pero no lo es menos, que el mayor valor expresado por los peritos se explica porque los ($ 900.00) que señala el demandante se refieren únicamente al producto de los pastos sobre la base de cinco cabuyas de terreno, en tanto que el avalúo de los peritos se refiere al producido de los pastos y de los árboles frutales y sobre la base de más de nueve y media hectáreas de terreno.

Así las cosas, quizás habría sido procedente la tacha de error grave, formulada por el Procurador, si los peritos para dar su dictamen hubieran prescindido de las pruebas existentes en el juicio o hubiesen dictaminado sobre puntos distintos a los sometidos a su pericia. Pero nó: el avalúo recae sobre las cosas que se pidió y ordenó que fueran avaluadas. Que los avalúos estén o no suficientemente fundamentados para constituír plena prueba, es cuestión — como ya queda dicho — que le toca apreciar a la Sala en la oportunidad legal.

Y es que existe marcada diferencia entre que un dictamen pericial adolezca de poca amplitud, oscuridad, falta o deficiencia de fundamentos, y que esté afectado de error grave, o que haya mediado fuerza, cohecho, dolo o seducción. Tan evidente es esto que esos casos los contempla la Ley en disposiciones distintas. En el artículo 719 del C. J. se concede derecho a las partes para pedir que los peritos expliquen, amplíen o rindan con mayor claridad el dictamen, si hay oscuridad o deficiencia en la exposición. Y en el 720, ibídem, se las faculta para objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción. En el primer caso lo que resulta es que los peritos deben ampliar, explicar, fundamentar el dictamen, en tanto que en el segundo el dictamen queda sin valor y se repite la diligencia con intervención de nuevos peritos.

Como queda demostrado, en el caso que

se estudia, los hechos sobre que se basa la objeción del Agente del Ministerio Público no constituyen el error grave que se alega, pues no pueden considerarse como suficientes para ello, las diferencias de valor anotadas por el señor Procurador, toda vez que tales diferencias han obedecido a causas que constan en el expediente. Por eso se ha dicho que si a los peritos no se les hubiese pedido que avaluaran todas y cada una de las cosas que avaluaron, sino que de su propia cuenta hubieran procedido a efectuar tales avalúos con prescindencia de los elementos de prueba existentes en el juicio, sería fundada la tacha de error grave. Pero como quiera que no es eso lo sucedido, dicha tacha no procede.

La apreciación más o menos errónea en que puedan incurrir los peritos al dar su dictamen en relación con alguno o algunos de los elementos de prueba que han debido tomar en cuenta, no puede ser suficiente para dar por demostrada la existencia del error, pues la ley no habla de simple error más o menos disculpible, sino que el error debe estar plenamente comprobado y ser grave.

Y aunque en el citado artículo 720 del C. J. ni en ninguna otra disposición se dice expresamente qué se entiende por error grave, considera la Sala que conforme a la crítica jurídica y a las reglas generales que rigen la prueba pericial, debe entenderse que error grave debe ser de naturaleza tal, que al estar debidamente comprobado dé base para juzgar que ha influído total o siquiera parcialmente en la mente de los peritos para dar su dictamen, esto es, que si no hubiera sido por tal error el dictamen no habría sido el mismo.

La disposición pertinente del Código Judicial anterior al actual (artículo 77, Ley 105 de 1890) habla de error esencial; y aunque es cierto que hay alguna diferencia entre los términos esencial y grave, ello no puede tener otro alcance que el de fijar una mayor órbita de apreciación en lo referente al término grave; pero en manera alguna hasta llegar a que pueda considerarse como grave cualquier error.

En resumen: no está comprobado el error grave que se alega, y como por otra parte no es el caso de fijar ahora el valor del dictamen pericial, pues ello será materia del fallo definitivo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

No procede la declaratoria de estar viciado de error grave el dictamen de los peritos y por ello no es el caso de ordenar nuevo avalúo.

Notifíquese.

Francisco Vizcaíno — Pedro Alejandro Gómez Naranjo—Eleuterio Serna—Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

BONOS — NO SE REPONE EL AUTO DE 23 DE JUNIO DEL AÑO PASADO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Vizcaíno).

Solicita el doctor Alfonso Paláu, reposición del auto de 23 de junio último, por el cual esta Sala confirma el dictado por el Tribunal Superior de Medellín el 29 de julio del año pasado, en que negó la ejecución promovida por dicho doctor contra el Departamento de Antioquia.

La Sala, después de transcribir en síntesis la parte petitoria de la demanda ejecutiva, los hechos en que se apoya, los razonamientos consignados por el Tribunal, en su auto, las alegaciones hechas por los distintos representantes del Departamento en primera y segunda instancia, y las aducidas por el actor en los varios alegatos que ha presentado, dijo: "Entiende la Sala que para seguir un orden lógico en el estudio de las varias y complejas cuestiones que se han debatido, debe considerarse en primer término la providencia del Tribunal, analizando las razones que la determinaron en el sentido en que fue dictada, y luégo, si fuere el caso, los demás aspectos que ofrece el negocio. Y al efecto, como la base fundamental del auto del Tribunal es la de la incapacidad procesal del actor para demandar a ejecución, entró a estudiar ese punto, haciendo un detenido y amplio análisis de él a la luz de las disposiciones pertinentes, y tomando en cuenta los múltiples razonamientos formulados por el actor y por los voceros de la parte demandada; y como llega a la conclusión de que el auto recurrido es fundado, lo confirmó.

Se entra ahora a resolver el reclamo, mediante las siguientes consideraciones. Examinados los argumentos que aduce el actor para fundamentar su solicitud de reposición, se observa que son, en lo sustancial, los mismos que ha expuesto en los varios alegatos presentados en el curso de la actuación, los cuales fueron estudiados detenida y ampliamente por la Sala en el auto reclamado. Allí están consignados, a juicio de la Sala, los suficientes motivos de orden legal que ha tenido para no acoger las conclusiones formuladas por el actor.

Para impugnar aquellos motivos anota el doctor Paláu, en su alegato, que, según la Sala, es base fundamental del auto recurrido (el del Tribunal), la de la incapacidad procesal del tenedor de bonos para demandar la ejecución de las obligaciones que ellos expresan, y sin embargo reconoce que de conformidad con los principios de nuestra legislación cambiaria, es regla general la de que el tenedor de un instrumento negociable pueda exigir judicialmente el pago en su propio nombre; que en la categoría de instrumentos negociables se comprenden los cupones y cualquiera otro documento que ofrezca las condiciones que la Ley exige para tener esa calidad, y que la Ley 46 de 1923 clasifica expresamente los bonos, obligaciones o cupones de deuda, emitidos por entidades públicas, como instrumentos negociables; pero que, no obstante este reconocimiento la H. Sala arguye que como la citada ley sobre instrumentos negociables dice que los bonos o cupones de deuda pública serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado su emisión y que a falta de dichos estatutos los serán de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes, es

menester establecer de acuerdo con los convenios que autorizan y regulan los papeles de deuda presentados como recaudo, la capacidad que se concede a los tenedores para demandar en su propio nombre el pago, y en seguida dice: "Respetuosamente tengo que reclamar, con pena, contra ese error en que a mi juicio ha incurrido esa H. Sala. Porque si es regla general la de que el tenedor de un instrumento negociable pueda exigir judicialmente el pago en su propio nombre y si la Ley 46 de 1923 clasifica los bonos y cupones de deuda emitidos por entidades públicas como tales instrumentos negociables aunque el artículo 3º, ibídem, dice que lo serán de acuerdo con el contrato en que se haya fundado su emisión, lo que es menester establecer de acuerdo con los convenios que regulan los instrumentos presentados como recaudo, no es la capacidad que esos convenios concedan a los tenedores de tales instrumentos para demandar el pago de ellos en su propio nombre, sino por el contrario, la incapacidad procesal que de tales convenios pueda resultar para dichos tenedores y en la cual se basa fundamentalmente el auto recurrido; porque reconocida la existencia de una regla general, la existencia de la excepción que la hace inaplicable a un caso particular corresponde demostrarla a quien la invoca".

Observa la Sala que no existe tal error. Es verdad que reconoce en su auto, como no podía dejar de reconocerlo, que la Ley 46 de 1923 clasifica los bonos, obligaciones o cupones de deudas emitidos por entidades públicas como instrumentos negociables; pero al propio tiempo dice: "No obstante, este principio no es absoluto, y por el contrario, del texto de la propia ley se deduce que ellos están sometidos a un régimen especial, que bien puede tornarlos como acontece en el caso que se estudia en documentos no regulados de modo directo por tal ordenamiento". Y eso es así; porque según el artículo 3º de dicha ley, ellos serán negociables de acuerdo con el contrato o con las disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado su emisión; y a falta de dichos estatutos, lo serán de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes, las cuales son, en orden a su especialidad, las de las leyes 51 de 1918, 46 de 1923, y, en su defecto, las del Código de Comercio Terrestre y las del Código Civil".

De manera que quien incurre en ostensible error es el actor, al apreciar las afirmaciones de la Sala. Y es lógico que así haya sucedido; porque tratándose, como se trata, de bonos emitidos de acuerdo con los contratos celebrados entre el Departamento, los prestamistas y los Agentes Fiscales, para apreciar la negociabilidad de esos bonos y cupones y los derechos de sus tenedores, no sólo no puede prescindirse de las estipulaciones consignadas en tales contratos, sino que es necesario tenerlos especialmente en cuenta, toda vez que —como queda expresado— ellos son negociables, en primer término, de acuerdo con los respectivos contratos. Y ocurre, según se deduce de las reiteradas argumentaciones del doctor Paláu, que él prescinde, en lo que a los bonos y cupones respecta, de aquellas estipulaciones, o, por lo menos, las relega a último plano. El distinguido jurista, en su plausible y justificado empeño de demostrar la legalidad de la tesis que sustenta, salta por cima de los contratos en virtud de los cuales se emitieron los bonos y sus respectivos cupones que ha presentado como recaudo ejecutivo, y se acoge, preferentemente, para ese fin, a las disposiciones de la citada Ley 46 sobre instrumentos negociables; y por eso razona, en síntesis así: "Conforme a la Ley 46 de 1923 los bonos y cupones son instrumentos negociables, y así lo reconoce la Sala. Igualmente reconoce la Sala que, según la misma ley, los instrumentos negociables pueden hacerlos efectivos, en su propio nombre, los tenedores de ellos en debida forma. Y yo soy tenedor en debida forma de los bonos y cupones que he presentado como recaudo ejecutivo; luego tengo la suficiente capacidad procesal para pedir que se libre la ejecución".

Formuladas y apreciadas así, lisa y lla-

namente, las premisas, claro es que la conclusión resulta legítima. Pero lo indiscutible es que—como se anota en el auto reclamado —la negociabilidad de los bonos, obligaciones o cupones emitidos por entidades públicas se sujeta, principalmente a los contratos de acuerdo con los cuales se emiten. Y como quiera que los bonos y cupones presentados por el actor fueron emitidos de acuerdo con las estipulaciones contenidas en los respectivos contratos, es obvio que, ante todo y por sobre todo, deben tomarse en consideración aquellas estipulaciones.

Expresa y reiteradamente se estipula en esos contratos que los Agentes Fiscales son los representantes generales de los tenedores de bonos y que, como tales, podrán hacer las gestiones y ejercitar las acciones encaminadas a obtener del Departamento el estricto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas conforme a dichos contratos y a los bonos emitidos en armonía con ellos.

Mas, en concepto del doctor Paláu, esa representación de los Agentes Fiscales, a pesar de ser general, no se extiende —no puede extenderse dice— sino a lo referente a aquellas obligaciones emanadas inmediatamente de los contratos, esto es, a las generadoras de las acciones prendarias, que por el hecho de ser indivisibles no podrían ejercitarse sino por un representante general de todos los acreedores garantizados por la prenda. "Es indiscutible —agrega— que conforme a dicho contrato los Agentes Fiscales tienen la representación general de todos los tenedores de los bonos emitidos, pero es evidente también que esa representación general no podrían ejercerla, en beneficio individual del tenedor de los bonos determinados que se han presentado como recaudo en esta acción, y bastaría esta sola observación para demostrar que esa representación general no es incompatible con la acción individual del tenedor de esos determinados bonos, ya que, por otra parte, según el artículo 267 del C. J., aunque una parte tenga apoderado en el juicio puede gestionar por sí misma y no se entiende por esto revocado el poder". Y agrega: "Porque no es lo mismo representación general que representación exclusiva, y no habiéndose concedido, como no se concedió en los contratos en referencia, a los Agentes Fiscales, la capacidad procesal inherente a la tenencia de los bonos, sería menester que la representación general de los tenedores, que se le concedió para las acciones emanadas del contrato, fuera incompatible con la acción individual inherente a la tenencia de cualquier bono, para que pudiera reconocerse a esa representación general la exclusividad que ha querido atribuírle la H. Sala".

Observa la Sala: el doctor Paláu, no obstante que reconoce, como indiscutible, que "conforme a los contratos los Agentes Fiscales tienen la representación general de todos los tenedores de los bonos emitidos", restringe, limita —o bien puede decirse— reduce esa representación general a la simple representación" para la efectividad de las obligaciones emanadas directamente de los contratos por ellos mismos aceptados, obligaciones que tienen el carácter de seguridades accesorias para el respaldo de la obligación principal expresada en bonos". Pero lo cierto es que tal reducción no tiene fundamento en los contratos, ni en el texto mismo de los bonos. Lo que sucede —en sentir de la Sala— es que el distinguido abogado establece no una distinción, sino una inexistente diferencia sustancial entre los contratos y los bonos, y consiguientemente entre las obligaciones que de ellos emanan.

Los bonos fueron emitidos en armonía con los contratos, en los cuales se estipularon la forma y términos en que debían emitirse y los requisitos que debían reunir para ser recibidos por los prestamistas y exigible su pago del Departamento en las oportunidades previstas. Y así, en el texto de los bonos de una de las series (serie primera), después de expresarse lo referente a las autorizaciones en virtud de las cuales se emitían, monto de intereses, fechas de pago, reducción, etc.,

etc., se expresa esto: "Respecto a la descripción de la naturaleza y alcance de la garantía, de los términos y condiciones de acuerdo con los cuales los bonos se emiten y pueden emitirse, recibirse y conservarse, y de los derechos de los tenedores de los bonos y cupones y los derechos del Agente Fiscal, se hace referencia a dicho contrato en cuyos términos y disposiciones todas el portador consiente al aceptar este bono. Este bono es uno de la primera serie, emitido de acuerdo con dichas ordenanzas y dicho contrato por una suma principal de...."

De manera que es indiscutible que los derechos de los tenedores de los bonos y cupones y su legal ejercicio quedan sometidos a las estipulaciones del contrato de acuerdo con el cual se emitieron, "cuyos términos y disposiciones el portador consiente al aceptar el bono". Y, precisamente, por eso la Sala tiene establecido que para resolver en determinado caso sobre si se libra la ejecución que solicite un tenedor de bonos o cupones emitidos por entidades públicas en virtud de contrato, no basta la presentación del o de los bonos o cupones respectivos, sino que es indispensable él o los contratos en virtud de los cuales se hubieren emitido. Así lo resolvió en autos de fechas 1º de junio y 25 de septiembre de 1936, proferidos para decidir la apelación que interpuso el doctor Jorge Ulloa López contra el auto en que el Tribunal de Cali le negó la ejecución que solicitó, como tenedor de varios cupones correspondientes a bonos del empréstito externo a cargo del Departamento del Valle del Cauca, apelación que, — dicho sea de paso — sustentó aquí el mismo doctor Paláu como apoderado del demandante. En el primero de esos autos, la Sala, en relación con el alcance del artículo 54 de la Ley 46 de 1923, que entonces, como ahora constituye los cimientos de las argumentaciones del inteligente abogado, dijo lo siguiente: "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 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 Aceptance Trust Company, o en la de J. & W. Seligman y Cía.; lo cual sugiere la duda de si hay fideicomisario o intermediarios que tengan la personería de los tenedores para el cobro judicial. En estas circunstancias, la Sala estima 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. Y en el otro auto se expresó así: "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 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. (Gaceta Judicial, número 1916, páginas 241 a 243)."

La procedencia de esa doctrina de la Sala ha quedado confirmada en el caso que se estudia, pues el actor presentó con su demanda los respectivos contratos principales, y esos contratos han servido de base a la Sala para fundamentar, en armonía con la precitada Ley 46 de 1923, el auto cuya reposición se pide, fundamentos que no han sido desvirtuados, sino que al contrario han resistido la magnífica dialéctica del reclamante.

En cuanto a la similitud que establece el doctor Paláu entre el caso que se estudia y el del poderdante que, "de acuerdo con el artículo 267 del C. J., puede gestionar por sí mismo y no se entiende por esto revocado el poder", considera la Sala que no pueden equipararse. El que prevee el citado artículo es el en que una persona, con el carácter de apoderado (bien puede ser del demandante o del demandado) esté interviniendo en el respectivo juicio y que su poderdante, sin revocarle el poder, entre a hacer gestiones por sí mismo, cosa que encaja legal y lógicamente dentro del procedimiento. Lo primero, porque una disposición expresa así lo estatuye; y lo segundo, porque si el poderdante puede revocarle o restringirle a su apoderado el poder, sin que la contraparte pueda oponerse, bien puede hacer gestiones por sí mismo sin hacer la revocatoria. Y esto es obvio: jurídicamente, la verdadera parte en un juicio, no es el apoderado, sino el poderdante.

Y en el caso que en cuestión, ni siquiera se trata de juicio iniciado por los Agentes Fiscales, sino lisa y llanamente de una ejecución promovida en nombre propio por el tenedor de algunos de los bonos y cupones, con prescindencia de dichos Agentes, quienes tienen la representación general de todos los tenedores de los bonos emitidos de conformidad con los contratos respectivos.

Esa representación, en lo que al Departamento demandado respecta, se la reconoce expresamente en los contratos, y en lo tocante a los tenedores de bonos, también se la reconoce, por el hecho mismo de adquirir los bonos.

Aparece claro — dice la Sala en su auto — que el papel primordial de los Agentes Fiscales, es el de representar a los tenedores de bonos. Y el reclamante arguye que esa representación "se refiere sin lugar a dudas, a la realización de la prenda, constituida a favor de todos los bonos sobre las rentas departamentales, prenda que por su carácter de indivisible no podría perseguirse sino por un representante general de todos los acreedores garantizados por ellas".

Pero si — a la luz de la Ley — se analizan en conjunto las numerosas estipulaciones contenidas en los contratos y las consignadas en el texto de los bonos: si se armonizan la letra de aquellas estipulaciones con la manifiesta intención de los estipulantes, se llega, compelido por la lógica y la hermenéutica, a la conclusión de que lo que no da lugar a duda es la carencia de fundamento para recortar—como lo hace el reclamante — la representación general que los Agentes Fiscales tienen de acuerdo con los contratos.

Y es que no puede dejarse de tomar en consideración este hecho importantísimo: en los contratos de empréstito con emisión de bonos tanto a la entidad que hace el empréstito como a la que lo recibe, les interesa que haya un representante general de los posibles tenedores de aquellos bonos (que pueden ser millares) con quien entenderse. Y por eso dice la Sala en su auto: este hecho de representación de los tenedores de bonos por el Agente Fiscal no es únicamente una circunstancia propia de los contratos que se analizan, sino una regla general de observancia en la mayoría de los contratos de empréstitos. La naturaleza de éstos hace indispensable, el que los acreedores sean representados por una persona o entidad que asuma

la personería de ellos frente a la entidad pública deudora.

Desde luego — agrega ahora la Sala — que bien podría ocurrir (sería excepcionalísimo) que en un contrato de tal clase los contratantes prescindieran de designar representante de los posibles tenedores de los bonos o limitarle la representación para determinado fin. Pero no es eso lo que sucede ordinariamente, y, claro está, no es lo que ocurre en el caso que se estudia.

Mucho hincapié hace el doctor Paláu sobre la afirmación que consagra la Sala cuando dice que "no aparece en los convenios una cláusula que expresamente impida a los tenedores exigir el cobro por vía ejecutiva", y sobre la base de esta afirmación argumenta, diciendo, en síntesis, que no existiendo ese impedimento queda en vigor la regla general de la ley 46 de 1923, conforme a la cual el tenedor de un instrumento negociable puede exigir judicialmente, en su propio nombre, el pago.

Lo que la Sala ha dicho es esto: "No aparece en los convenios una cláusula que expresamente impida a los tenedores exigir el cobro por vía ejecutiva; pero tal conclusión se desprende de sus términos generales. No se determinó perentoriamente ese aspecto de la capacidad procesal para ejecutar, por incumplimiento de las obligaciones del Departamento; pero en tal función compete propiamente a los Agentes Fiscales y no a los portadores de bonos. Para la efectividad de la obligación de pago se estableció expresamente que él debía hacerse en New York, en determinadas oficinas y a los Agentes Fiscales".

De manera que el hecho de que no aparezca en los convenios la cláusula expresa que anota la Sala, no puede servir de fundamento a la conclusión del actor; porque existiendo, como sí existen, estipulaciones en que expresamente se concede y reconoce a los Agentes Fiscales la representación general de todos los tenedores de los bonos emitidos y hasta la facultad, en caso de incumplimiento por parte del Departamento, de sus obligaciones (en los términos previstos) de declarar exigibles todos los bonos y hacer efectivas las seguridades que respaldan la deuda, no era necesario consignar expresamente aquella cláusula.

Lo que ocurre — como reiteradamente se ha dicho — es que el actor, en su explicable empeño de demostrar la legalidad de su demanda, olvida que aunque es cierto que los bonos, etc., etc., de deuda emitidos por entidades públicas, los clasifica la Ley 46 de 1923 entre los instrumentos negociables, conforme a la misma ley y a la 51 de 1918, la negociabilidad de ellos se sujeta, en primer término, a los contratos, disposiciones legislativas o gubernamentales en virtud de las cuales se emiten; y que siendo así, una vez que en los respectivos contratos se le concede a los Agentes Fiscales la representación general los tenedores de los bonos que de acuerdo con ellos se emiten, sin limitársela a determinado fin, es indiscutible que aquella representación comprende la capacidad procesal para ejercer todas las acciones que puedan ejercitarse contra la entidad deudora para el estricto cumplimiento de las obligaciones contraídas, siendo una de las principales la de pagarle o hacer que se le pague a los Agentes Fiscales, en las ocasiones previstas, las sumas suficientes para el servicio del empréstito: intereses, redención de bonos, etc., etc. Obligación que le toca cumplir al Departamento aunque haya hecho en el Banco, en Colombia, los depósitos convenidos, si esos depósitos resultaren insuficientes, pues entonces debe completarlos con sus otros recursos o fondos. Así se desprende del artículo V, secciones primera y segunda del contrato de 1927.

Hace también hincapié el doctor Palaú, sobre estos hechos que expresamente apunta: "que en los bonos mismos se consigna esta estipulación "El Departamento declara que este bono es una deuda y una obligación directa suya y que para el puntual pago de él, con intereses, de acuerdo con los términos convenidos, empeña la

buena fe y crédito del Departamento, no obstante cualquier garantía que se haya establecido en favor de este bono". Y que en textos como el de la Sección Segunda del artículo IV del contrato de 1927 se dice "que los bonos para los cuales se provee allí, una vez otorgados, auténticados y entregados, constituyen obligaciones firmes y exigibles del Departamento en poder o en manos de sus tenedores".

La primera de las estipulaciones transcritas le sirve de base para decir que los contratos no sólo no estorban, ni enervan la acción individual directa de los tenedores de bonos contra el deudor, sino que la suponen, pues de otro modo tal estipulación no tendría sentido".

Y en la segunda se apoya para conceptuar que, si como dice la Sala, no se determinó perentoriamente este aspecto de la capacidad procesal para ejecutar por incumplimiento de las obligaciones del Departamento, "hay que concluir forzosamente que él se dejó sometido a las reglas generales que establecen esa capacidad a favor del acreedor o de la persona a cuyo favor se hayan contraído las respectivas obligaciones".

Observa la Sala:

En lo que respecta a la primera estipulación, no se descubre el por qué dejaría de tener sentido, si no se admite la conclusión que de ella extrae el reclamante. Bien ha podido no haberse hecho por el Departamento aquella declaración expresa sin que por eso dejara de quedar empeñados su buena fe y crédito para el puntual pago de los bonos y sus intereses, puesto que a ello se obliga de acuerdo con las cláusulas del contrato. Y conforme a los artículos 1602 y 1603 del C. C. todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y debe ejecutarse de buena fe", y según el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En cuanto a que los bonos una vez otorgados, autenticados y entregados constituyen obligaciones firmes y exigibles del Departamento en poder de sus tenedores, es hecho que no ha desconocido la Sala, pues así consta en los contratos. Lo que ha dicho —y en ello insiste— es que la **capacidad procesal** para exigirle judicialmente al Departamento el cumplimiento de "las obligaciones que esos bonos y cupones constituyen", corresponde a los Agentes Fiscales que son quienes tienen la representación de todos los tenedores de los bonos conforme a contrato, de acuerdo con el cual se emiten, autenticar y entregar tales bonos, contrato a que adhieren y se someten todos los tenedores de ellos por el simple hecho de adquirirlos o aceptarlos, pues así se estipula en los mismos bonos.

En resumen: no encuentra la Sala motivo alguno para revocar el auto reclamado, sino que, al contrario, el análisis que ha hecho de las argumentaciones del reclamante y la consiguiente revisión de los fundamentos que sustentan ese auto, la convencen más de que esos fundamentos están rígidamente ajustados a las disposiciones pertinentes de la ley y de los respectivos contratos. Y en tal virtud,

Resuelve:

No se accede a la reposición solicitada.

Notifíquese y cópiese.

Eleuterio Serna — Pedro Alejandro Gómez Naranjo — Francisco Vizcaíno. Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

SE NIEGA UNA PENSION DE JUBILACION A UN EMPLEADO FERROVIARIO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Vizcaíno).

Ante el Tribunal Superior de Bogotá, el señor Cecilio Castiblanco, el cuatro de agosto de mil novecientos treinta y siete, presentó demanda contra la Nación para que se le condenara a "pagarle la cantidad de cuatro mil ($ 4,000.00) pesos moneda legal a que tengo pleno derecho como recompensa por mis servicios prestados a la Nación, de conformidad con las leyes ya mencionadas y que aduciré en el capítulo siguiente, sobre el derecho que me asiste en esta demanda. En subsidio pido se me decrete una pensión vitalicia no menor de treinta ($ 30.00) pesos mensuales que es el promedio de los sueldos jornales devengados".

Como el Tribunal encontró que al libelo le faltaban requisitos de forma, se abstuvo de darle curso y posteriormente, el treinta de agosto del mismo año, presentó el nuevo libelo haciendo la misma petición.

Admitida la demanda y descorrido el traslado que de ella se dio al señor Agente del Ministerio Público, se abrió a prueba y después de presentados los alegatos de conclusión y hecha la citación para sentencia, el Tribunal desató la controversia así: "Por todo lo expuesto, el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega las declaraciones pedidas en la demanda".

Concedido el recurso de apelación que contra la sentencia interpuso el actor, se envió el expediente a esta Sala, en donde se ha tramitado el recurso en la forma legal, y como está agotada la tramitación y no se observa ninguna causal de nulidad, se procede a decidir.

El Tribunal en su fallo, después de transcribir la parte petitoria de la demanda, los hechos en que se funda, las contestaciones dadas por el representante de la parte demandada, hace un análisis severo de las pruebas aducidas por el actor y de los fundamentos de derecho invocados y como la Sala lo encuentra ajustado a lo que consta en los autos, lo acoge, como acoge también las consideraciones de orden legal aducidas por esa entidad. El Tribunal se expresa así: "PETICION PRINCIPAL. Se concreta ésta a que se declare que la Nación está obligada a pagar a Cecilio Castiblanco la suma de cuatro mil pesos a título de recompensa por servicios que le prestó como obrero en forma consecutiva durante un período mayor de treinta años. Se trata, pues, de saber si se prestaron tales servicios y si por razón de esa prestación la ley autoriza el pago de la recompensa pedida.

Pruebas presentadas por el demandante:

Certificación procedente del Departamento de Control, Sección de Personal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales; certificación de la Dirección General de Edificios Nacionales del Ministerio de Obras Públicas, y declaraciones rendidas extrajuicio por cuatro testigos.

Con las certificaciones aludidas se prueba que el demandante prestó estos servicios:

Como empleado u obrero del Ferrocarril del Norte en los puestos de guarda de la calle 26, guarda de la línea, peón de las

cascajeras, peón de patio y guarda cambios en los años siguientes:

De enero de 1912 al 20 de marzo de 1914: 2 años, 2 meses, 30 días.

De enero de 1918 a diciembre de 1925: 8 años.

Suma: 10 años, 2 meses, 30 días.

Como obrero de las Obras Públicas Nacionales:

Parque del Centenario:

Del 30 de abril de 1926 al 30 de septiembre del mismo año: 5 meses.

De 7 de enero de 1927 al 28 de febrero de 1929: 2 años, 1 mes, 21 días.

Desde el 24 de mayo de 1929 hasta el 12 de junio del mismo año: 19 días.

Desde el 21 de marzo de 1932 hasta el 31 de mayo siguiente: 2 meses, 11 días.

Paseo Bolívar:

Desde el 1º de octubre de 1926 hasta el 21 del mismo año: 21 días.

Suma: 2 años, 8 meses, 72 días.

Se halla, pues, probado con dichas certificaciones que Cecilio Castiblanco trabajó en la empresa de Ferrocarriles durante diez años, dos meses y veinte días, y en las Obras Públicas Nacionales durante dos años, diez meses y doce días. En resumen, trabajó como obrero nacional durante trece años, un mes y dos días.

La prueba testimonial presentada consistente en las declaraciones de nudo hecho rendidas por Antonio M. Benítez, José María Cárdenas, Gliserio Moreno y Casiano Donoso, no puede apreciarse porque no se practicó con citación del Agente del Ministerio Público, ni se produjo en forma legal en el juicio, o sea pidiendo los testimonios o su ratificación dentro del respectivo término de prueba según el precepto del artículo 693 del Código Judicial.

Síguese de lo expuesto que no se probó el elemento de hecho señalado como causa generadora del derecho que se pretende por el demandante en la petición de que se trata. En ausencia de este elemento es innecesario el análisis de la cuestión sometida al debate en cuanto al derecho.

Petición subsidiaria

Se solicita en esa petición que se decrete una pensión vitalicia a favor de Cecilio Castiblanco y a cargo de la Nación, por razón de la misma prestación de servicios.

Ya se dijo atrás que con las pruebas presentadas sólo se estableció el servicio prestado por Castiblanco en los Ferrocarriles Nacionales durante un lapso de diez años, dos meses y veinte días, hasta el mes de diciembre de mil novecientos veinticinco, y en las Obras Públicas durante dos años, diez meses y doce días. Un total de servicios prestados a la Nación, de trece años, un mes y dos días.

La Ley 1ª de 1932 que creó el derecho a pensiones vitalicias en favor de los empleados y obreros ferroviarios entró a regir en ese año e hizo extensivos los derechos allí conferidos a los empleados y obreros que hubieran cesado en sus funciones durante el año anterior.

El artículo 1º de dicha ley exige para tener derecho a la pensión la prestación del servicio durante un lapso de veinte años. Y como el demandante cesó en sus funciones de ferroviario en el año de 1925, no lo comprende la legislación citada del año de 1932. Por otra parte no está probado, según se vio atrás, que prestara sus servicios durante el lapso de veinte años, necesario a tal fin.

La Ley 29 de 1905 que cita el peticionario en apoyo del derecho que pretende, habla de pensiones de jubilación para empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años y sean mayores de sesenta. Las pruebas que al respecto deben presentarse consistirán en documentos auténticos y declaraciones de cinco testigos recibidas ante un Juez de Circuito con citación del respectivo Agente del Ministerio Público, según el parágrafo del artículo 3º de esa ley.

El demandante no ha probado que prestara sus servicios durante el lapso de treinta años, ni que la calidad de ellos le den el carácter de empleado civil. Ade-

más, según la partida de origen eclesiástico que presentó, aún no tiene sesenta años de edad. No es, pues, aplicable al caso la ley en mención.

Las demás leyes citadas por el peticionario reglamenta materias distintas".

Como queda dicho, la Sala acoge los razonamientos del Tribunal y ello bastaría para confirmar la sentencia; pero como quiera que en esta segunda instancia el actor produjo pruebas, se entra a examinarlas.

Constituyen esas pruebas los testimonios de los señores Casiano Donoso, Gliserio Moreno y Antonio Benítez, que habían sido presentados en la primera instancia y que no fueron apreciados por falta de ratificación, cosa que se efectuó en esta segunda instancia.

Examinados esos testimonios encuentra la Sala que ellos no dan base para variar los fundamentos de orden legal aducidos por el Tribunal en su sentencia.

En efecto, aun admitiendo, de acuerdo con las pruebas aducidas, que el demandante Castilblanco hubiera prestado durante veinte años los servicios a que se refiere la Ley 1ª de 1932, no por ello puede reconocerse el beneficio que reclama, puesto que conforme al artículo 1º de esa misma ley, el beneficio que en él se reconoce solamente se hace extensivo a los empleados y obreros que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de dicha ley. Y como Castilblanco, conforme a esas pruebas, solamente trabajó en la empresa del Ferrocarril del Norte hasta el año de mil novecientos veinte y cinco, y la ley es de mil novecientos treinta y dos, es evidente que no está cobijado por ella.

En cuanto a la jubilación de que trata la ley veintinueve de mil novecientos cinco, invocada por el demandante, se observa que, conforme al artículo segundo de esa ley, el derecho a la pensión de jubilación se le reconoce es a los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años y siempre que reúnan los varios requisitos que señala el artículo 3º ibidem. Y es el caso que el propio demandante dice que trabajó como obrero de ferrovías hasta el año de mil novecientos veinte y cinco. Luego es evidente también que no está amparado por dicha ley. Por eso con razón el Tribunal sentenciador dice en su fallo: "El demandante no ha probado que prestara sus servicios durante el lapso de treinta años, ni que la calidad de ellos le den el carácter de empleado civil. Además, según la partida de origen eclesiástico que presentó, aún no tiene sesenta años de edad. No es, pues, aplicable al caso la ley en mención".

También pidió el actor, en esta segunda instancia, que se tuvieran como prueba los testimonios de los señores Neftalí B. Rebollo y Tomás Barbosa Delgado, recibidos ante un Juez de Circuito; pero la Sala no admitió esa prueba por cuanto fue pedida fuera de tiempo, y por lo mismo, no es el caso de analizarla.

En resumen: por lo que queda expuesto, es el caso de aprobar el fallo apelado. Y en tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confírmase la sentencia de fecha quince de marzo de mil novecientos treinta y ocho proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Gómez Naranjo — Eleuterio Serna—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

EXCEPCION DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales - - Bogotá, diciembre primero de mil novecientos treinta y nueve

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

En el juicio seguido por Ernesto Abello H. contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Bogotá, el señor Fiscal 2º del Tribunal propuso las excepciones de declinatoria de jurisdicción e inepta demanda. El Tribunal en auto de 19 de julio pasado declaró probadas tales excepciones. El apoderado del señor Abello apeló del fallo y el recurso le fue concedido en el efecto suspensivo, por lo cual le corresponde a la Sala, después de tramitado legalmente el negocio, decidir la apelación. A esto se procede, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador General de la Nación, a quien se corrió traslado del negocio, dijo lo siguiente en su vista de 17 de noviembre pasado:

"La acción que hoy ejercita el demandante es exactamente la misma que ya había promovido ante la Sala Civil de Unica Instancia de ese Supremo Tribunal, según claramente se desprende de un examen comparativo de los hechos y de las peticiones de una y otra demanda. Véase al efecto el contenido del auto de 19 de diciembre de 1938, recaído a la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, propuesta por la Procuraduría contra aquella demanda, documento cuya copia fue traída como prueba a este incidente a solicitud del actor (fl. 4, cuaderno número 3).

"En aquella providencia, hoy en firme, la Corte declaró probada la excepción de declinatoria de jurisdicción. Vale decir que declaró la incompetencia legal de la Sala Civil de Unica Instancia para conocer de esta acción. Y tal declaración fue hecha aun considerando que la acción se ejercitaba con base en un pretendido contrato de transporte celebrado con una empresa ferroviaria de propiedad de la Nación.

"Ahora bien: como la resolución firme de que se viene hablando debe cumplirse, y no estando la competencia en la Corte no puede estar sino en el Tribunal Superior de Bogotá, según claros preceptos legales, no puede dicho Tribunal abstenerse de ejercer su función jurisdiccional en este negocio. Lo contrario conduciría al absurdo jurídico-procesal de que no hay juez para el conocimiento de la acción ejercitada en la demanda".

Las razones expuestas por el señor Procurador, son concluyentes y la Sala las acoge para fundamentar su decisión. Si después de haber resuelto la Corte que no tiene jurisdicción para conocer de la demanda, se aceptara la inhibición del Tribunal alegando falta de competencia, se llegaría a la extraña conclusión de que no hay entidad judicial que pueda conocer del reclamo del señor Abello, hoy de sus herederos, para la reparación de los perjuicios sufridos en un accidente ferroviario, y se violarían así todas las normas de la equidad y de la justicia. Es decir, habría un caso claro de denegación de justicia.

Por estas razones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca el fallo apelado y en su lugar

declara no probadas las excepciones dilatorias propuestas por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá, quien debe contestar la demanda dentro del término prevenido en el artículo 337 del C. J.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR PERJUICIOS.—REGISTRO DE LA SENTENCIA

La falta de registro no implica nulidad de la sentencia no registrada; únicamente la inhabilita para servir de prueba en juicio, según el artículo 2676 del C. C. Pero la necesidad de la formalidad del registro la ha entendido la Corte más en referencia a terceros que a las mismas partes litigantes, porque el registro tiene por objeto darle mayor publicidad a la sentencia para prevenir en cuanto sea posible los perjuicios a derechos de terceros, y esta precaución se hace redundante en relación con la contraparte que ha tenido ocasión de conocer el fallo y de intervenir en todas las diligencias del juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

Esta Sala, en sentencia de 10 de diciembre de 1928, dictada en el juicio ordinario iniciado por el doctor Leovigildo Sánchez contra el Departamento del Tolima, resolvió lo siguiente:

"Primero. Condénase al Departamento del Tolima a indemnizar al doctor Leovigildo Sánchez los perjuicios que le ocasionó con el hecho de haber puesto la Gobernación de dicho Departamento en vigor prematuramente la Ordenanza número 71 de mil novecientos veintiuno, y con el sellamiento de las existencias de tabaco que el nombrado Sánchez tenía en los Municipios de Coello, San Luis e Ibagué el diez de junio de mil novecientos veintiuno, fecha en que la Gobernación puso en vigor la expresada ordenanza. Estos perjuicios consisten en el hecho de haber tenido que vender el demandante una parte de esas existencias a bajo precio en los meses de agosto a octubre del citado año de mil novecientos veintiuno.

"El monto de estos perjuicios se fijará en juicio separado".

Apoyado en esta sentencia, el doctor Sánchez demandó ante el Tribunal Superior de Ibagué al Departamento del Tolima, representado por el Fiscal del Tribunal para que sea condenado a pagarle la suma de dos mil pesos ($ 2,000) y la suma de cuatrocientos setenta y cinco pesos ($ 475) que pagó al fisco del Tolima por concepto de impuesto de consumo de tabaco. La demanda fue admitida y el señor Fiscal del Tribunal la contestó rechazando en nombre del Departamento la parte petitoria del libelo en la forma planteada por el actor y agregando que en la hipótesis de que le asistiere a éste toda la razón, no sería la suma fijada por él en la demanda, arbitrariamente, la que podría tenerse en cuenta para pronunciar condena contra el Departamento, sino la que justipreciaren peritos idóneos y competentes a su debido tiempo. Posteriormente al alegar de conclusión propuso en favor del Departamento la excepción de prescripción de la acción.

El Tribunal en sentencia de 31 de octubre del año pasado condenó al Departamento del Tolima en los siguientes términos:

"Condénase al Departamento del Tolima a pagarle al doctor Leovigildo Sánchez, tres días después de ejecutoriada esta providencia, la suma de mil seiscientos cincuenta pesos ($ 1,650) moneda le-

gal a que montan los perjuicios ocasionados al doctor Sánchez con la ejecución prematura de la Ordenanza número 71 de 1921, indemnización ordenada por la Corte Suprema de Justicia en su fallo de diez de diciembre de mil novecientos veintiocho.

"Absuélvese al Departamento de los demás cargos de la demanda aquí resuelta".

La sentencia fue apelada por ambas partes y el recurso se concedió en el efecto suspensivo. Agotada la tramitación propia de la segunda instancia, se procede a ponerle fin al negocio, no observándose en el proceso causales de nulidad.

El demandante solicitó la declaratoria referente al pago de los perjuicios de acuerdo con la sentencia de la Corte y la devolución de una suma de dinero pagada por concepto de impuesto de consumo de tabaco. Con relación a la primera petición sólo tenía que probar el actor el monto de los perjuicios, ya que el derecho a la indemnización está reconocido en la sentencia. Con referencia a la segunda petición, debía el actor presentar las pruebas del pago de los $ 475 que dice el doctor Sánchez que el fisco del Tolima le debe reintegrar por concepto de impuestos de consumo no causados, y esa prueba como lo observa el Tribunal, no se encuentra en los autos.

Para fundamentar el fallo condenatorio, el Tribunal tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos Marco A. Hernández, Pablo Murillo A., Patricio y Vicente Mejía sobre los perjuicios causados al doctor Sánchez y el dictamen de los peritos señores Juan C. Molina, Estanislao Pardo Gálvez y Gonzalo Rodríguez, quienes estuvieron de acuerdo en fijar el monto de tales perjuicios en la suma de $ 1,650, previa la exposición de los fundamentos de su concepto. Este dictamen fue puesto en conocimiento de las partes, sin que oportunamente fuera objetado. De conformidad con el artículo 721 del C. J., el dictamen pericial uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba. Por consiguiente, la Sala encuentra jurídica la sentencia condenatoria, pues el derecho a la indemnización fue reconocido en sentencia de la Corte; los perjuicios fueron determinados por testigos hábiles y el monto de ellos fue apreciado por peritos, de común acuerdo y en un dictamen debidamente fundamentado.

Con relación a la excepción de prescripción alegada por el señor Fiscal del Tribunal, es pertinente lo resuelto por la sentencia de primera instancia, porque no ha transcurrido el tiempo necesario para que pueda declararse probada la extinción de la acción.

El señor Procurador Delegado en lo Civil dice lo siguiente:

"De la lectura del expediente puede concluírse que el actor no ha demostrado que la sentencia en que funda sus pretensiones para la liquidación de unos perjuicios reúna los requisitos prescritos en el artículo 2652 antes citado, por cuyo motivo no puede dársele valor de ninguna especie, mientras no aparezca que se ha cumplido con esta solemnidad al tenor de lo expuesto en el artículo 2676 del C. C."

El artículo 2652 del C. C., prescribe que toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles, está sujeta al registro y el artículo 2676 de la misma obra establece que ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio si no ha sido registrado.

Sobre el reparo que hace el señor Procurador se observa:

La sentencia fue acreditada con el número 1829 de la Gaceta Judicial, órgano de la Corte, acompañado a la demanda, prueba que habría sido suficiente, al tenor del artículo 634 del C. J., que dice que los instrumentos públicos insertos en periódicos oficiales se presumen auténticos. Pero además, durante el término de prueba se allegó a los autos copia debidamente autenticada de la sentencia de la Corte, con sus notificaciones.

No aparece de autos, evidentemente, que la sentencia hubiera sido registrada. La falta de registro no implica nulidad de la sentencia no registrada; únicamen-

te la inhabilita para servir de prueba en juicio, según el artículo 2676 del C. C. Pero la necesidad de la formalidad del registro la ha entendido la Corte más con referencia a terceros que a las mismas partes litigantes, porque el registro tiene por objeto darle mayor publicidad a la sentencia para prevenir en cuanto sea posible los perjuicios a derechos de terceros, y esta precaución se hace redundante en relación con la contraparte que ha tenido ocasión de conocer el fallo y de intervenir en todas las diligencias del juicio.

La Sala Civil de Unica Instancia, en sentencia de treinta de marzo de este año, dijo lo siguiente:

"Diríase que aparece de autos un reparo contra la sentencia que figura en copia en el expediente, y consiste en que tal providencia se trajo al juicio sin la constancia del registro. Sabido es que de acuerdo con los artículos 2652 y 2653 del C. C. las sentencias definitivas deben registrarse, para producir algún resultado en los juicios.

"La ley no ha sancionado con nulidad el instrumento público no registrado; apenas lo inhabilita en la forma que se ha expresado.

"Fuera de esto, el artículo 2674 del antecitado Código dice: Ningún título sujeto al registro surte efectos legales respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro', lo que está patentizando que entre las partes sí los surte.

"Además, el registro es finalidad posterior al fallo, y es susceptible de cumplirse en cualquier tiempo". (Gaceta Judicial número 1947, de abril y mayo de 1939, página 212).

La Sala Civil de Unica Instancia cita la siguiente doctrina de la Sala de Casación Civil, que es también pertinente en este caso:

"Una sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para lo futuro, sin que para esa determinación sea necesaria la formalidad del registro, que mira en ocasiones como ésta más a los terceros que a las partes que han litigado en el juicio. El registro de una sentencia es el requisito complementario posterior, pero sin que este requisito modifique, aclare ni menos desvirtúe la situación que entre las partes determino el fallo". (Gaceta Judicial, número 1934, de abril de 1938, página 253).

Por las anteriores razones, la Sala estima que no tiene fundamento el reparo del señor Procurador Delegado en lo Civil, ya que en este juicio se trata del cumplimiento de una sentencia dictada contra la Nación, sentencia que quedó ejecutoriada.

Tampoco tienen razón las demás alegaciones del señor Procurador, porque en este juicio como ya se ha dicho, no se trata del derecho a los perjuicios, que ya fue reconocido, sino del monto de ellos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Cúmplase el artículo 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales Bogotá, febrero dos de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Miguel Uribe R. demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de Medellín para que sea condenada a pagarle la suma de mil pesos oro, valor de la servidumbre de acueducto que estableció en un terreno de su propiedad situado en el punto de San Cristóbal, paraje del Boquerón, correspondiente a Medellín, y por la ocupación que hizo del terreno en que se edificó una casa, contra la voluntad del actor.

Notificada la demanda al señor Fiscal segundo del Tribunal, éste se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas.

El Tribunal, en sentencia de fecha 15 de julio de 1938, declaró probada la excepción de petición de modo indebido, propuesta por la parte demandada y negó las declaraciones pedidas en el libelo. Estima aquella entidad como fundamento de su fallo que las pruebas presentadas por el actor son deficientes y que no se halla comprobada la nacionalización de la carretera "Al Mar", que fue empezada por el Departamento de Antioquia, no siendo por tanto procedente la acción contra la Nación para el pago de los perjuicios sufridos por el señor Uribe. En esta circunstancia apoya la decisión que declara probada la excepción de petición de modo indebido. Reconoce el Tribunal que el actor ha probado ser dueño de la finca que atraviesa la carretera; que se identificaron las obras denunciadas; que se constituyó una servidumbre de acueducto y se ocupó un pequeño lote de terreno de propiedad del demandante y se identificaron los predios dominante y sirviente.

El demandante apeló del fallo y el recurso se le concedió por el Tribunal. Agotada la tramitación de segunda instancia sin que se observen en el proceso causales de nulidad, se pasa a decidir el negocio en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

La Ley 88 de 1931 fijó la red de carreteras nacionales del país. En esa red quedó incluída la carretera Dabeiba-Cañasgordas-Medellín. La Ley 3ª de 1936, incorporó a la red nacional de vías de comunicación fijada por la Ley 88, la carretera Dabeiba-Necoclí.

El Secretario de Hacienda de Antioquia, en certificado que figura en autos, folio 8 vuelto del cuaderno de pruebas del actor, dice que la carretera al mar, en el sector Cañasgordas-Necoclí fue nacionalizada por las leyes 88 de 1931 y 3ª de 1936 y que en cuanto al sector de Medellín-Antioquia, la Nación recibió esta carretera la cual quedó nacionalizada, pero no por contrato, sino por entrega a dicha entidad, previa la confección del acta respectiva.

Lo anterior es suficiente para demostrar que la carretera al mar es una vía nacional. No es necesario el contrato de que habla el Tribunal, porque para los efectos del juicio iniciado, que se dirige a solicitar una indemnización de perjuicios por la construcción de determinadas obras, basta saber que la carretera en cuestión se está construyendo por cuenta de la Nación, según las leyes citadas, y que dicha entidad es la que ha construído las obras de la expresada vía.

Con relación a la acción principal, sobre indemnización por la servidumbre de acueducto y por la ocupación de parte del

terreno del demandante con la edificación de una casa, el señor Procurador Delegado en lo Civil dice que el hecho en que se funda no está plenamente probado. Analiza las declaraciones de los testigos Ramón Antonio Muñoz, Luis Restrepo y Andrés Muñoz, quienes fueron interrogados durante el término de prueba de la primera instancia, para concluir que esos testimonios son de referencia y por consiguiente, inaceptables para comprobar los hechos en que se apoya la acción.

Se observa sobre el particular que si los testimonios son deficientes, ellos se complementan con otra prueba del expediente, que es el dictamen de los peritos Gabriel Salazar y José M. Uribe F., quienes practicaron una inspección ocular el cuatro de noviembre de 1937 con el Magistrado ponente del Tribunal de Medellín. Según consta en la diligencia, el terreno fue identificado y se tomaron por los peritos las medidas de la carretera en el frente de la casa, de ésta y del acueducto. El dictamen de los peritos dice así:

"En nuestro carácter de peritos nombrados en este juicio, rendimos, de acuerdo, nuestro dictamen así:

"Después de estudiar la situación, maderas y materiales de que está constituída la edifición a que se refiere la pregunta primera de la parte actora, decimos que la edificación toda vale, en nuestro concepto, la cantidad de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00).

"El terreno de propiedad del actor que ocupó la Nación con parte de la edificación —el edificio está, parte en terreno de la Nación y parte en terreno de la parte actora— vale en nuestro concepto la cantidad de sesenta pesos ($ 60.00).

"El gravamen impuesto por la Nación con la servidumbre de acueducto en el predio de la parte actora, lo estimamos en ciento diez pesos; estos $ 110.00 los estimamos teniendo en cuenta la distancia o la extensión ocupada por el acueducto, su dirección y forma y teniendo en cuenta que esa servidumbre no es sólo para el agua potable sino también para los desagües de la casa construida por la Nación.

"Los perjuicios sufridos por el actor los estimamos hasta hoy en la cantidad de treinta pesos ($ 30.00) incluído el daño emergente y el lucro cesante. En cuanto a los perjuicios futuros, no nos es posible dictaminar sobre ellos porque no sabemos a ciencia cierta cuáles pueden ser.

"Contestando ahora las preguntas del señor Fiscal decimos: La casa está edificada, parte en predio de la Nación —faja de la carretera— y parte en terrenos del demandante Uribe R. Para esta afirmación nos bastó medir —de acuerdo con la escritura de la Nación por la cual adquirió la faja para la carretera— el grueso de la carretera y vinimos en conocimiento que no llega la faja comprada por el Departamento hasta donde termina la casa, sino que esta casa va más allá, de donde no nos queda duda de que la casa tiene ocupadas ochenta y siete varas con la edificación, esas ochenta y siete varas de propiedad del actor y otras tantas que puede decirse que ocupa si se tiene en cuenta que hay aves que pastan en propiedad del actor y que la casa construída por la carretera no está cercada en la parte de atrás sino en comunidad con el terreno que en mayor extensión sigue lindando con la casa, terreno ese del actor.

"A la segunda pregunta decimos que en nuestro concepto el precio por vara cuadrada en el lugar donde está construída la casa es de sesenta a setenta centavos según que dé frente a la vía o nó, pero en nuestro dictamen sobre apreciación de la casa, mejor del terreno que del actor ocupó la casa, quedó a un menor precio la vara, por la razón simple de que el terreno de Uribe R., estando la casa adelante, no queda dando frente a la vía pública".

De este dictamen se deduce lo siguiente: que la Nación ocupó parte del terreno del señor Miguel Uribe R. con un edificio de la carretera; que existe una servidumbre de acueducto en el terreno del señor Uribe que le causa a éste perjuicios; que la casa ocupa 87 varas de pro-

piedad del actor y que lo mejor del terreno del actor lo ocupó la casa.

Complementadas así las pruebas, no hay duda de que los hechos fundamentales de la acción están acreditados.

La Nación está en la obligación de indemnizar los perjuicios causados al demandante, de conformidad con el artículo 2341 del C. C., con el artículo 923 del mismo Código que establece en favor del dueño del predio sirviente el derecho a que se lo pague el valor del terreno ocupado por el acueducto y a que se le indemnicen los perjuicios y con el artículo 739 de la obra citada que consagra a favor del dueño del terreno donde se edificó a que se le pague el justo precio de lo ocupado.

Los peritos apreciaron en su dictamen el valor del terreno ocupado con la casa, el gravamen impuesto por la Nación con la servidumbre de acueducto y los perjuicios sufridos por el actor. El total del avalúo asciende a la suma de doscientos pesos ($ 200), en la cual debe fijarse la cuantía de la indemnización.

El dictamen de los peritos hace plena prueba de conformidad con el artículo 721 del C. J.

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 resuelve:

Condénase a la Nación a pagar al señor Miguel Uribe R., seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de doscientos pesos ($ 200), por la servidumbre de acueducto y la ocupación de una zona de terreno de que trata este juicio.

Cúmplase el artículo 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

RECONOCIMIENTO

Conforme al artículo 1059 del C. J. prestan mérito ejecutivo las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo dos de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El Recaudador de Hacienda Nacional de Titiribí, con fecha 25 de enero de 1938 y bajo el número 3, reconoció a favor de la Nación y a cargo de los señores Ramón y Enrique Pizano (comunidad), la suma de $ 708.02, por los impuestos de la renta y de patrimonio en el año de 1936. Fundado en el mismo reconocimiento, el Recaudador libró mandamiento ejecutivo contra los citados señores por la suma expresada y los intereses.

Los ejecutados propusieron las excepciones de error de cuenta y falsedad del documento en todo, o en parte. El incidente se tramitó en esta Sala de acuerdo con la ley y hoy se procede a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Las excepciones se fundan en que la oficina liquidadora al hacer la calificación del impuesto sobre la renta y el patrimonio correspondiente a la comunidad expresada en el año de 1936, se apartó sin motivo del denuncio dado oportunamente con honradez.

Los señores Ramón y Enrique Pizano R., hicierón sus declaraciones de renta separadamente, porque ambos tienen otros bienes, que según dicen en el memorial de excepciones, fueron motivo de gravámenes, contra los cuales no han hecho reclamación ninguna.

Durante el término de prueba del incidente de excepciones se solicitaron por el apoderado de los interesados varias pruebas, entre ellas, "copia de las declaraciones presentadas por Ramón y Enrique Pizano, Comunidad, al Recaudador de Hacienda Nacional de Titiribí de su patrimonio y renta gravable correspondientes a cada uno de los años de 1934, 1935 y 1936 y de los aforos respectivos". El empleado citado envió copia de lo siguiente: de la declaración de renta y patrimonio de Ramón Pizano en el año de 1935 y de Enrique Pizano en el mismo año; declaración de renta y patrimonio de Ramón Pizano en el año de 1936 y de Enrique Pizano en el mismo año; declaración de renta y patrimonio de la comunidad de Enrique y Ramón Pizano en el año de 1937.

En autos figuran un certificado del Tesoro Municipal de la Junta de Caminos de Titiribí, sobre el valor de los semovientes de la comunidad en los Municipios de Puerto Berrío, Concordia y Venecia, y declaraciones de los testigos Francisco Aristizábal, José Domingo Mejía Quijano, Pedro P. Posada Correa y Efraín Flórez Q., sobre la honorabilidad de los señores Pizanos.

La Sala en auto para mejor proveer, de fecha 16 de noviembre del año pasado, solicitó del señor Recaudador de Hacienda Nacional de Titiribí copia de la declaración de la comunidad de Ramón y Enrique Pizano de la renta del año de 1936 y de los aforos respectivos. El funcionario nombrado manifestó lo siguiente:

"En esta oficina no existe declaración de renta, patrimonio y exceso de utilidades de los señores Enrique y Ramón Pizano: éstos hicieron sus declaraciones in-

dividualmente por sus bienes y rentas en el año de 1936, incluyendo en ellas sus bienes que tenían propios y los que tenían en comunidad. La Administración P. de Hda. Nal. de Medellín, oficina liquidadora, al hacer las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y Exceso de Utilidades refundió los bienes y rentas de la Comunidad y a ella hizo el gravamen; también separó los bienes y rentas de cada uno de los declarantes, ajenos a la comunidad e hizo otro gravamen por ese concepto separadamente, que pagaron los señores Pizanos, sin dar lugar a ejecución. La ejecución se refiere, pues, a lo de la Comunidad. Las declaraciones individuales en las cuales aparecen los bienes y rentas no sólo de la comunidad, sino los propios de cada contribuyente, se enviaron anteriormente a la H. Corte Suprema de Justicia, en virtud a exhorto auxiliado: éstas son las que existen en esta oficina, que no se copian, porque sería una repetición, habiéndolas ya enviado".

De las pruebas que figuran en autos se desprende que los excepcionantes presentaron el denuncio de la renta y del patrimonio correspondiente al año de 1936, conjuntamente con los bienes y utilidades individuales de cada uno de ellos, los pertenecientes a la comunidad, haciendo figurar en cada denuncio la mitad de estos últimos. La Recaudación hizo la calificación separando la renta individual de los denunciantes y la correspondiente a la comunidad, pero al hacer la fijación del impuesto de esta última, se apartó del denuncio dado en oportunidad por los señores Enrique y Ramón Pizano.

La Sala ha sostenido que el denuncio del contribuyente debe aceptarse, mientras no se acredite con pruebas fehacientes que se aparta de la verdad. En el caso que se estudia no sólo no aparece comprobado que el denuncio fuera hecho con ánimo de defraudar al fisco, sino que se acreditó que el valor de los semovientes de la comunidad en los Municipios de Puerto Berrío, Concordia y Venecia, es inferior al que sirvió de base a la liquidación. Tampoco aceptó la oficina liquidadora algunas exenciones, no obstante la presentación de los comprobantes necesarios, procedimiento que se aparta de las normas legales. Por estas razones debe prosperar la excepción de error de cuenta, para que se haga la liquidación del impuesto de acuerdo con el denuncio dado en oportunidad.

El señor apoderado de los excepcionantes llama la atención de la Sala sobre la irregularidad del título ejecutivo, que consta apenas de un simple reconocimiento. La Sala no encuentra fundada la observación, porque conforme al artículo 1059 del C. J., prestan mérito ejecutivo las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos.

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 error de cuenta, propuesta por los señores Enrique y Ramón Pizano y ordena que la oficina recaudadora respectiva haga la liquidación de la suma que debe pagar la comunidad de dichos señores, por concepto de impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, correspondiente al año de 1936, de acuerdo con el denuncio presentado en oportunidad.

Se ordena suspender el juicio ejecutivo y levantar el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

APELACIONES

La Sala de Negocios Generales no tiene jurisdicción para conocer de apelaciones de autos dictados por un solo Magistrado.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta.

Al descorrer el traslado de este negocio, el señor Procurador Delegado en lo Civil dijo lo siguiente:

"Hago referencia al juicio ordinario instaurado por Manuel Mª Mosquera contra el Estado, que ha llegado a esa H. Sala de Negocios Generales para el conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra las providencias dictadas por el Magistrado doctor Jorge E. Velasco que corren a fs. 9 del C. 1, y 5 del C. 3.

"Tales autos tienen el carácter de interlocutorios, pues no se limitan, como podrá deducirse de su lectura, a dar curso progresivo a la actuación, sino que deciden cuestiones de suma importancia dentro del proceso.

"Ahora bien, el artículo 81 del C. J., inciso 3º, enseña:

"Se exceptúan de la regla contenida en el inciso anterior los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen los Tribunales de primera instancia, los cuales son proferidos por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia".

"Y el artículo 87 preceptúa:

"Todas las decisiones o sentencias contra las cuales haya recurso de casación, o de apelación para ante la Corte Suprema deben ser proferidas por los Tribunales en Sala Plural".

"Por tanto, de acuerdo con mandato legal expreso correspondía a la Sala de Decisión del Tribunal proferir los autos ameritados, y no al magistrado ponente.

"Y como es contra los autos proferidos por la Sala de Decisión contra los que puede prosperar el recurso de alzada, y los autos en cuestión no han sido proferidos por Sala de Decisión, no puede la Corte entrar en el estudio de las providencias recurridas.

"Estas razones mueven a este Despacho a solicitar sea devuelto el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo".

Es fundada la observación del señor Procurador, porque esta Sala, según se ha decidido en numerosos asuntos, no tiene jurisdicción para conocer de apelaciones de autos dictados por un solo Magistrado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de las apelaciones interpuestas en este negocio, por carecer de jurisdicción, y ordena devolverlo al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCIONES SOBRE BIENES OCULTOS

1.—Conforme al artículo 218 del anterior Código Fiscal "son bienes ocultos del Estado, no los bienes simplemente abandonados u ocultos, en un sentido material, sino aquellos respecto de los cuales se haya hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, sea por actos de maliciosa usurpación, por incuria de las autoridades, o por otra causa semejante. — 2.—Conforme a las disposiciones sobre petróleo los títulos anteriores al 28 de octubre de 1873 dan derecho a la propiedad del subsuelo.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente, Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Jorge Martínez Landínez, vecino de esta ciudad, en libelo presentado el primero de agosto de 1938, demandó a la Nación para que con audiencia de su representante señor Procurador General de la Nación, se hagan varias declaraciones relacionadas con el cumplimiento del contrato sobre denuncio de bienes ocultos celebrado por el demandante con el Gobierno Nacional el 22 de diciembre de 1920.

El señor Procurador Delegado en lo Civil contestó la demanda negando el derecho invocado por el demandante y oponiéndose en nombre de la Nación a que se hagan las declaraciones pedidas. Propuso las excepciones perentorias de nulidad del contrato, por razón de no ser denunciables los baldíos como bienes ocultos, carencia de acción por parte del demandante e inexistencia de la obligación.

El juicio se adelantó con arreglo a los trámites legales. Se practicaron las pruebas pedidas por las partes y tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como el demandante presentaron sus alegatos de conclusión.

Se procede hoy a dictar el fallo correspondiente de única instancia, sin que se observen en el proceso causales de nulidad.

La historia del negocio

El 22 de diciembre de 1920, el Ministro de Agricultura y Comercio celebró con el señor Jorge Martínez L. un contrato sobre renuncio de bienes ocultos, en el cual se estipuló lo siguiente:

"Novena. El contratista tendrá derecho al cuarenta y cinco por ciento (45 por 100) del valor de los bienes denunciados, cuando estos hayan entrado a formar parte del patrimonio del Estado, en virtud de sus gestiones, de acuerdo con el avalúo que den los peritos nombrados por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. El denunciante estima la cuantía de los bienes materia de este contrato en suma mayor de dos mil pesos ($ 2,000) oro". (Diario Oficial números 17592, 17593).

El 17 de enero de 1922, el mismo Mi-

nisterio, por medio de la Resolución número 431, declaró bien oculto del Estado el denunciado por el señor Martínez L. de acuerdo con el contrato celebrado con la Nación; declaró procedentes las acciones por él indicadas, y ordenó investirlo de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos sobre el bien oculto. Este consistía en lo siguiente: Vicente Clodoveo Barrera, en nombre de la sociedad colectiva denominada Barrera Neira & Compañía, se dirigió al Ministerio de Obras Públicas, fundado en el artículo 879 del antiguo Código Fiscal, y obtuvo una Resolución de dicho Ministerio por la cual se declaró que no son baldíos ni de propiedad de la Nación unos terrenos cuyos linderos se expresan en la misma providencia, situados en la Intendencia Nacional del Meta, denominados Resguardo de Santiago de las Atalayas y de Pueblovieje de Cusiana; pero que los comprobantes presentados al efecto al Ministerio de Obras Públicas son apócrifos, puesto que los antecedentes que reposan en el archivo nacional, respecto a las diligencias de adjudicación verificadas en el año de 1758, no les darían derecho a los que se titulan sucesores del adjudicatario sino a una porción de terreno muchísimo menor que la que aparece demandada en la citada Resolución. El Procurador General de la Nación se opuso a que se declarara bien oculto el denunciado por el señor Martínez L., por considerar que los terrenos eran baldíos y que no podían ser objeto de contrato sobre bienes ocultos. El Ministerio se apartó de esta tesis y resolvió lo siguiente:

"La condición excepcional en que se encuentran los terrenos a que se refiere el denuncio del señor Martínez L., inclina al Ministerio a conceptuar en favor de la admisión del denuncio de esos terrenos como bienes ocultos, toda vez que para el denunciante, como para cualquiera otro, se halla cerrado el camino que puede conducir al esclarecimiento de la legítima propiedad de la mayor parte de los mismos.

"En la exposición del señor Procurador General de la Nación se confunde lo que es pertinente a la adjudicación de los baldíos, con la reivindicación de su dominio en los casos en que los detentadores de ellos se amparen en el artículo 762 del Código Civil que dice: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo"; y en el 789 del mismo Código, que estatuye lo siguiente: "Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción, en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial".

"En las tierras que ha denunciado el señor Jorge Martínez L. como bienes ocultos, se ha hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional —según se desprende de las pruebas presentadas— por actos de maliciosa usurpación, por incuria de las autoridades, o por otra causa semejante, que es lo que exige el artículo 28 del Código Fiscal.

"En mérito de lo expuesto, este Despacho, respetando el ilustrado concepto del señor Procurador General, en el asunto, resuelve:

"1ª Declárase bien oculto del Estado el denunciado por el señor Jorge Martínez L. en su exposición presentada a este Ministerio el día 28 de enero del año pasado, que obra en el expediente (fojas 16 a 21).

"2ª Decláranse procedentes las acciones indicadas en la precitada exposición.

"3ª Invístase al denunciante, señor Jorge Martínez L., de la personería necesaria para que en nombre y representación de la Nación, y secundado por los agentes de ésta, reclame y haga efectivos los derechos sobre el bien oculto expresado; y

"4ª El denunciante gozará de los privilegios que tiene la Nación cuando litiga, según el artículo 1491 del Código Judicial, y de la participación que le corresponde según los términos del contrato que tiene celebrado con este Ministerio". (Diario Oficial números 18072 y 18073).

Los señores Dionisia S. de Barrera, Agustín A. Jiménez y Marco A. Muñoz O., se dirigieron al Ministerio de Obras Públicas dando aviso de que se proponían explotar los yacimientos de hidrocarburos en los terrenos denominados Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, por ser de propiedad particular, de conformidad con el artículo 128 de la Ley 120 de 1919. A esto se opuso el señor Jorge Martínez L. y el Ministerio, en Resolución de 23 de enero de 1922, resolvió:

"Mientras se decide por el Poder Judicial acerca de la propiedad de los terrenos a que se refiere la Resolución 431 de 17 de los corrientes del Ministerio de Agricultura y Comercio, se suspenderá por el Gobierno la contratación de explotaciones de yacimientos petrolíferos y de otras sustancias en los terrenos de que se trata, sin comprenderse en esto la adjudicación de minas en conformidad con el Código de la materia.

"Durante ese lapso no se podrá explorar ni explotar los mencionados yacimientos por los que se dicen propietarios de tales terrenos ni por otros particulares; quedando, por consiguiente, sin valor el aviso a que se refiere el memorial de 29 de julio de 1920, de que se habló arriba". (Diario Oficial números 18084 y 18085).

El señor Jorge Martínez L., en ejercicio del poder que le confirió la Nación por virtud del contrato de bienes ocultos, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a la sociedad Barrera Neira & Cía., para que con audiencia de su representante se hicieran varias declaraciones relacionadas con los terrenos ya citados, entre otras que la Resolución de 28 de junio de 1907, dictada por el Ministro de Obras Públicas, no tiene valor para subsanar la alteración de linderos del terreno adjudicado en 1759. El Tribunal, en sentencia de 11 de octubre de 1926, falló el pleito de manera favorable para la Nación; se declaró que los linderos de la adjudicación fueron adulterados ampliándolos y que la Resolución de 28 de junio de 1907 no tiene valor legal alguno para subsanar la alteración de linderos del terreno adjudicado en 1759, y se condenó a la sociedad demandada a restituír a la Nación dentro de sesenta días los terrenos reclamados. (Registro Judicial de Cundinamarca, número 203).

La Corte, en sentencia de fecha 15 de noviembre de 1927, confirmó el fallo del Tribunal de Bogotá, con una modificación del punto séptimo de la parte resolutiva.

El 18 de octubre de 1937, el Juez del Circuito de Orocué, por comisión del Tribunal de Bogotá, hizo entrega a la Nación, ante testigos actuarios, por medio de sus representantes legales, del suelo y del subsuelo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y de Pueblo Viejo de Cusiana, de acuerdo con la sentencia que falló definitivamente el juicio, seguido por la Nación contra Barrera Neira & Cía. Se hizo constar que la entrega de los terrenos se realizó "con el derecho y la soberanía que tenía sobre los mismos la Corona de España en el año de mil setecientos cincuenta y nueve, cuando se hizo el remate del resguardo de indígenas, título en el cual basaba la entidad demandada su derecho de dominio sobre los terrenos objeto de la sentencia y entrega".

En el denuncio de bienes ocultos presentado por el señor Jorge Martínez L. al Ministerio de Agricultura y Comercio, exposición de 27 de enero de 1921, hizo constar lo siguiente:

"Denuncio formalmente aquellas tierras como de un subsuelo especialmente rico en hidrocarburos, y me reservo el derecho a que se me venda por el precio justo y equitativo las que correspondan al Estado una vez que las haya reivindicado para su dominio y que me hayan sido entregadas las que me corresponden por el porcentaje acordado por las gestiones que estoy comprometido a ejecutar".

La Resolución demandada

Terminadas las gestiones del señor Jorge Martínez L., pidió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el pago de lo estipulado conforme al contrato de denun-

cio de bienes ocultos. El Ministerio, por medio de la Resolución número 53, de 9 de marzo de 1938, después de hacer varias consideraciones en las cuales deja constancia del cumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista y de la recuperación de los terrenos materia del contrato para la Nación, dispuso lo siguiente:

"1º Procédase al avalúo, por medio de peritos que serán nombrados por el Consejo de Estado, de los terrenos de 'Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana', situados en Casanare, entre la cordillera y el río Meta, comprendidos dentro de los límites y el perímetro que se expresan en la diligencia de entrega a la Nación, efectuada el 18 de octubre pasado por el Juez del Circuito de Orocué, comisionado al efecto.

"Para el avalúo, los peritos tendrán en cuenta que se trata de terrenos baldíos, que son los que la Nación ha recuperado y recibido, y que dentro del perímetro referido existen mejoras, fundaciones, hatos o haciendas o caseríos que no deberán avaluarse, por poseer terceros tales bienes o tener derecho a su valor, y que además deberán excluirse del avalúo setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8,142) metros cuadrados de terreno, que no pertenecen a la Nación;

"2º Para efectuar el pago debido al señor Jorge Martínez L., se solicitará del Congreso de la República, para la próxima vigencia fiscal, una partida igual al cuarenta y cinco por ciento (45 por 100) de la suma en que fueren avaluados los terrenos mencionados, y con tal fin, dicha partida será incluída en la Ley de Apropiaciones para 1939 que habrá de ser sometida al Congreso;

"3º Cancélase la fianza otorgada por el señor Odilio Mora, según diligencia del 29 de enero de 1921, para responder de las obligaciones que como denunciante de bienes ocultos y mandatario de la Nación, contrajo el señor Martínez L., según el contrato celebrado por éste con el Gobierno, el 22 de diciembre de 1920".

El interesado pidió reconsideración de la Resolución número 53, entre otras causas por estimar que los terrenos volvieron al patrimonio de la Nación no como un baldío, sino como propiedad privada del Estado, porque el inmueble durante la época de la Colonia pertenecía exclusivamente al Rey de España y según la sentencia de la Corte y la entrega en su cumplimiento efectuada, recibió la Nación en las condiciones en que la Corona de España poseía; y que la sentencia dicha, una vez registrada, como lo fue, confiere a la Nación un título que antes no tenía. Pidió además que en lugar del pago en la forma ordenada en la Resolución se le transfiriera en propiedad una porción igual al 45 por 100 de los terrenos. El Ministerio, en Resolución número 204 de 26 de julio de 1938, confirmó la anterior e insistió en la tesis de que los terrenos debían avaluarse como baldíos, "porque como es sabido— dice la providencia— pertenece a la Nación el subsuelo de éstos".

En libelo de fecha primero de agosto del año pasado, el señor Jorge Martínez L. demandó a la Nación ante la Sala Civil de única instancia, para que con audiencia del señor Procurador General de la Nación se hagan varias declaraciones que tienden a lo siguiente: a que se declaren nulos el parágrafo del artículo 1º y el artículo 2º de la Resolución número 53; a que el avalúo de los terrenos comprenda el suelo y el subsuelo; a que se excluya de la extensión que recibió el Gobierno para efectos del avalúo, solamente lo que él traspasó a Domingo Ortiz en 1759, o sean, 752 hectáreas 8,142 metros cuadrados; a que la participación del 45 por 100 que le corresponde al demandante, sea equivalente en esa proporción al valor comercial que los peritos fijen al suelo y al subsuelo, con la sola exclusión que se ha mencionado; a que se establezca que el contrato celebrado con la Nación es un contrato de cuota-parte o cuota-litis, y que, por tanto, existe una comunidad entre las partes; que la comunidad comprende todo lo que tenga algún valor en los

terrenos citados; que cualquiera de los comuneros puede pedir que cese la indivisión y que a cada uno de los partícipes se adjudique la cuota proporcional que en los terrenos dichos le corresponde, y que, consecuencialmente, mientras no se resuelva licitar los terrenos, el denunciante tiene derecho a explotarlos en los términos establecidos por los preceptos que regulan el cuasi-contrato de comunidad.

El señor Procurador Delegado en lo Civil contestó la demanda y negó el derecho del actor. Propuso las excepciones de nulidad del contrato de bienes ocultos, por estimar que las tierras baldías no son denunciables como bienes ocultos conforme a la ley; de carencia de acción por parte del actor y de inexistencia de la obligación por parte de la Nación.

Las cuestiones debatidas

Según los términos de la demanda, dos cuestiones primordiales se debaten en este asunto: la interpretación de la cláusula del contrato relativa a la participación del denunciante en los bienes ocultos recuperados para la Nación, en el sentido de establecer si esa participación se refiere solamente al suelo o comprende también el subsuelo de los terrenos; y la manera como debe pagarse al denunciante señor Jorge Martínez L. la participación que le corresponde.

Primera cuestión. En el contrato de 22 de diciembre de 1920, en el cual se señaló al denunciante la participación del cuarenta y cinco por ciento del valor de los bienes denunciados, no se hizo exclusión de ninguna clase. En la exposición presentada por el denunciante al Ministerio de Agricultura y Comercio, el 27 de enero de 1931, exposición que sirvió de base para la Resolución 431 de 17 de enero de 1922, que declaró bien oculto el denunciado por el señor Martínez, hizo éste referencia al subsuelo de las tierras denunciadas como especialmente rico en hidrocarburos; tampoco se hizo entonces exclusión de ninguna clase ni se limitó el derecho del denunciante en lo relativo a la participación, al hacer la declaratoria de bien oculto.

Conforme al artículo 28 del Código Fiscal, que regía cuando se hizo el contrato, "son bienes ocultos del Estado, no los bienes simplemente abandonados u ocultos, en un sentido material, sino aquellos respecto de los cuales se haya hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, sea por actos de maliciosa usurpación, por incuria de las autoridades, o por otra semejante".

En el caso de los bienes denunciados por el señor Jorge Martínez L. no solamente respecto del suelo se había hecho oscuro el carácter primitivo de propiedad nacional, sino también respecto del subsuelo. En la Resolución número 431, el Ministerio dijo lo siguiente:

"En las tierras que ha denunciado el señor Jorge Martínez L. como bienes ocultos, se ha hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional — según se desprende de las pruebas presentadas — por actos de maliciosa usurpación, por incuria de las autoridades, o por otra causa semejante, que es lo que exige el artículo 28 del Código Fiscal".

No se hizo en aquella Resolución excepción ninguna con relación al subsuelo. Y con fecha 23 de enero de 1922, el Ministerio de Obras Públicas decidió suspender la contratación de explotaciones de yacimientos petrolíferos y de otras sustancias en los terrenos de que se trata, mientras se decidía por el Poder Judicial acerca de la propiedad de tales terrenos, a los cuales hace referencia la Resolución número 431. De manera que el Gobierno reconoció que el denuncio de bienes ocultos se refería al suelo y al subsuelo de los terrenos en cuestión.

El veintiocho de junio de mil novecientos siete el Ministerio de Obras Públicas y Fomento declaró, en cumplimiento del artículo 879 del Código Fiscal que no son baldíos ni de propiedad nacional los terrenos de Santiago de las Atalayas y de Pueblo Viejo de Cusiana. La Resolución se apoyó en los títulos de propiedad y las pruebas de posesión presentadas por los

interesados, títulos que se remontan al año de 1759 en que se adjudicaron los terrenos al señor Domingo Ortiz en remate público, el 17 de septiembre, verificado por el Contador Oficial Real de la Real Hacienda del Nuevo Reino de Granada. La Resolución mencionada dice en su parte dispositiva lo siguiente:

"En consecuencia, encontrando este Despacho que los documentos presentados llenan los requisitos exigidos por el artículo 879 del Código Fiscal, como título legítimo de propiedad, y que se ha comprobado posesión material continua por muchos años y además la que produce el registro del dominio.

"Se resuelve:

"No son baldíos ni de propiedad nacional los terrenos situados en la Intendencia Nacional del Meta denominados Resguardo de Santiago de las Atalayas y de Pueblo Viejo de Cusiana, comprendidos dentro de los linderos siguientes: "En el pueblo de Aguamena, desde una loma llamada el Arbolito cogiendo de para abajo la ceja de la serranía por la cumbre, hasta dar al yacimiento de la quebrada Sisiguá; toda esta quebrada abajo hasta su entrada en el río Meta, lindando con tierras de doña Rafaela Daza que tiene en el sitio de Tua; río Meta abajo, hasta la dentrada (sic) del río Cusiana, una legua más abajo de las bocas; por toda la margen de este río arriba, con todas sus montañas, hasta el río Cachiza, línea recta hasta los Farallones, cogiendo de para abajo hasta un sitio que llaman Malpaso, que está en todo el camino del pueblo de Chámeza, y dando la vuelta por el lado de arriba, con todas sus montañas que las rodean junto con la que llaman los Farallones, hasta volver a encontrar con el sitio del Arbolito". Tales terrenos pertenecen a la sociedad Barrera, Neira & Compañía.

"Esta declaratoria se hace salvando los derechos de terceros que puedan hacer valer ante el Poder Judicial como acciones o excepciones". (Número 13.012 del Diario Oficial).

Conforme a las disposiciones sobre petróleo, los títulos anteriores al 28 de octubre de 1873, dan derecho a la propiedad del subsuelo. En la Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Fomento, se declararon los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana de propiedad particular, con títulos que se remontan al año de 1759 y con posesión de muchos años, declaración que comprendía suelo y subsuelo, por la razón anotada. Tal Resolución fue dictada por el Gobierno de conformidad con el artículo 879 del Código Fiscal. Como los terrenos mencionados fueron recuperados por el señor Jorge Martínez L. para la Nación y precisamente la acción iniciada por éste se encaminó principalmente a desvirtuar los efectos de la Resolución, es claro que lo recuperado comprendió suelo y subsuelo y que igual cosa debe comprender la participación por razón del denuncio de bienes ocultos, según los términos del contrato respectivo, que es una ley para los contratantes. (Artículo 1602 del C. C.)

En la Resolución número 204 de 26 de julio de 1938, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoció los efectos que habría tenido la Resolución de 1907 si no se hubiera iniciado el juicio correspondiente que devolvió la propiedad a la Nación, en los siguientes términos:

"El Ministerio, por lo demás, no desconoce que si las cosas hubieran continuado como se hallaban antes del juicio, los usurpadores habrían continuado como dueños aparentes, con las ventajas que de sus pretendidos títulos pudieran derivar".

También reconoce el Ministerio en la misma Resolución que ni la sentencia del Tribunal ni la de la Corte efectuaron la declaración de tener los terrenos recuperados la procedencia de baldíos.

Aun admitiendo que los terrenos son baldíos, la Sala considera que estando acreditado que por virtud de las gestiones del demandante aquéllos volvieron al patrimonio de la Nación, la participación que le corresponde al contratista de los bienes ocultos debe extenderse a todo lo

recuperado y no solamente al suelo.

Por todo lo anterior, la primera cuestión propuesta debe resolverse en el sentido de establecer que la participación del denunciante de los bienes ocultos recuperados para la Nación comprende el suelo y el subsuelo de los terrenos.

Respecto a la segunda cuestión, o sea la manera como debe pagarse al demandante la participación que le corresponde, se observa lo siguiente:

Conforme a la cláusula del contrato de fecha 22 de diciembre de 1920, sobre denuncio de bienes ocultos, se estableció que el contratista tendrá derecho "al cuarenta y cinco por ciento del valor de los bienes denunciados, cuando éstos hayan entrado a formar parte del patrimonio del Estado, en virtud de sus gestiones, de acuerdo con el avalúo que den dos peritos nombrados por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo" (Consejo de Estado).

La anterior estipulación se consignó en el contrato de conformidad con el artículo 29 del Código Fiscal, que es del siguiente tenor:

"El denunciante de un bien oculto tiene derecho a una participación hasta de un 50 por 100 del valor del mismo bien, justipreciado por peritos nombrados por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, o por la autoridad a quien éste comisione, cuando ese bien haya entrado a formar parte efectiva del patrimonio del Estado.

"La especie puede licitarse y el demandante rematarla, pagando al contado la cantidad que exceda de la participación que le corresponden en el valor de aquélla".

El demandante pide que no se le haga el pago en dinero, como lo ha resuelto el Ministerio, sino en tierras y que se le otorgue la facultad de visitar el resto como comunero que es del Gobierno y en virtud del derecho preferencial que le da la ley. Agrega que en la exposición que hizo al denunciar los bienes ocultos se reservó el derecho a que se le venda por precio justo y equitativo las tierras que corresponden al Estado.

La cláusula del contrato, que como ya se dijo, es una ley para los contratantes (artículo 1602 del C. C.), es suficientemente clara y en ella se estatuye que se pague al denunciante el cuarenta y cinco por ciento del valor de los bienes denunciados y establece la manera como deben avaluarse. No habla de que la participación se dé en tierras, como lo pide el demandante.

La licitación de la especie recuperada, para pagar la participación que corresponde al denunciante, es facultativa para la Nación, conforme al artículo 29 del Código Fiscal que, según se ha visto, dice que la especie "puede licitarse".

El artículo 3º de la Ley 27 de 1935, modificó el artículo 29 del Código Fiscal en el sentido de fijar el máximo de la participación de los denunciantes de bienes ocultos en un treinta por ciento del valor del bien recuperado.

La Ley 128 de 1938, adicionó los artículos 29 del Código Fiscal y 3º de la Ley 27 de 1935, en este sentido:

"Artículo 1º El Gobierno podrá pagar en especie la participación que corresponda a un denunciante de bien oculto de la Nación, cualquiera que sea la clase de los bienes denunciados y recuperados por virtud de las gestiones del denunciante, sin que para la enajenación que implique el pago sean necesarios otros requisitos distintos del otorgamiento de escritura pública por el Ministro respectivo a nombre del Gobierno".

Conforme a esta disposición el Gobierno tiene facultades completas y precisas para pagar en especie a los denunciantes de bienes ocultos la participación que les corresponde. Pero como se trata de una atribución facultativa y como por otra parte en el caso que se estudia media un contrato cuyas estipulaciones sólo el Gobierno puede modificar en virtud de la ley citada, la Corte no puede ordenar que la participación que le corresponde al de-

mandante en los bienes ocultos de que se ha venido hablando, se pague en forma distinta de la estipulada en el contrato respectivo.

Primera petición

Hechas las consideraciones anteriores, en las cuales se estudian las principales cuestiones sometidas a la decisión de la Corte, se pasa a examinar separadamente las peticiones de la demanda. La primera dice así:

"Que es nula y por consiguiente carece de todo valor legal, la Resolución número 53, de nueve de marzo del año en curso (1938), proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que ese mismo Ministerio confirmó por medio de la Resolución número 204 de 26 de los corrientes mes y año, en cuanto por medio de ella, en el parágrafo único del artículo 1º se determinó lo siguiente: "para el avalúo los peritos tendrán en cuenta que se trata de terrenos baldíos, que son los que la Nación ha recuperado y recibido, y que dentro del perímetro referido existen mejoras, fundaciones, hatos o haciendas y caseríos que no deberán avaluarse por poseer terceros tales bienes o tener derecho a su valor y, que además deberán excluírse del avalúo setecientas ochenta y dos hectáreas (782) ocho mil ciento cuarenta y dos (8,142) metros cuadrados de terreno, que no pertenecen a la Nación".

Respecto a la primera parte de la declaración del Ministerio cuya nulidad se pide, el actor dice que avaluando los terrenos sobre la base de que son baldíos, los peritos tendrán que estimar el valor del terreno por sí solo, es decir, su suelo o superficie, y habrían de prescindir en su valoración de los elementos que se encuentran o puedan encontrarse en el subsuelo.

Ya se vio por lo expuesto en este fallo, que el demandante tiene derecho al subsuelo en su participación por el denuncio de bienes ocultos. Por consiguiente, la resolución del Ministerio es nula en cuanto se ordena avaluar los terrenos sobre la base de que son baldíos para excluír el subsuelo.

Con relación a la segunda parte del parágrafo del artículo 1º de la Resolución número 53, que ordena excluír del avalúo las mejoras, hatos, fundaciones, haciendas y caseríos, lo mismo que 782 hectáreas y 8,142 metros cuadrados, se observa lo siguiente:

El demandante dice en relación con este punto: "Quienes pudieran tener algún interés como ocupantes o por otras causas semejantes han debido oponerse en su tiempo a la entrega. En los términos prescritos por la sentencia se hizo la entrega a la Nación, y por lo mismo la Resolución de que se trata viola mi contrato y pasa por encima de una sentencia al querer ahora fijar las normas que se establecen en el parágrafo del artículo acusado, lo cual, como es obvio y claro lo hace ilegal desde todo punto de vista".

El numeral séptimo de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 11 de octubre de 1926, dice así:

"Condénase a la sociedad demandada 'Barrera, Neira & Compañía' en liquidación, a restituír a la Nación dentro del término de sesenta días después de que quede ejecutoriado este fallo, los terrenos comprendidos dentro de la alinderación que señala el ordinal segundo de la presente sentencia, en todo lo que exceda de las tres y media estancias de ganado mayor rematadas por Domingo Ortiz el día diez y siete de diciembre de mil setecientos cincuenta y nueve, o sea en lo que exceda dicho latifundio de la extensión de setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, con ocho mil ciento cuarenta y dos (8,142) metros cuadrados, demarcada esta extensión por los linderos que quedaron señalados en el primer ordinal de este fallo. Dicha entrega ha de hacerse a la Nación sin perjuicio de los derechos de terceros, conforme a las reglas generales y a lo expuesto en los considerandos de esta sentencia, y sin perjuicio asimismo de que la sociedad demandada pueda hacer valer oportunamente en forma debida los derechos que pueda tener

en los terrenos que se le condena a devolver, ya contra la Nación, como ocupante o cultivadora de baldíos, ya contra terceros por cualquier otro título".

La Corte, en sentencia de 15 de noviembre de 1937, modificó la anterior sentencia en el sentido de suprimir en el punto séptimo la última parte, o sea la relativa a los derechos de terceros y de la sociedad demandada, por ser una cuestión no pedida en la demanda.

Pero la Sala no encuentra ilegalidad en el hecho de que la Resolución del Ministerio excluya del avalúo las porciones del terreno ocupadas por terceros por esta o aquella causa, para el efecto de fijar la participación del demandante, porque es obvio que la Nación no está obligada a pagar la participación sino sobre lo que realmente vuelve a su patrimonio. No obstante lo anterior, como una cosa es el derecho a las mejoras y a la propiedad del suelo y otra distinta el derecho de dominio sobre el subsuelo, que se rige por disposiciones especiales, es claro que si la Nación tiene derecho al subsuelo en alguna o algunas de las porciones ocupadas por terceros, al demandante le corresponde participación en el referido subsuelo, porque éste como ya se ha visto, volvió al patrimonio de la Nación en virtud de las gestiones realizadas por el denunciante de los bienes ocultos. Por tanto, en relación con la segunda parte del parágrafo del artículo 1º de la resolución acusada es necesario hacer la debida distinción, declarando que esa disposición es legal en cuanto ordena respetar los derechos de terceros, pero que es ilegal en cuanto ordena excluír del avalúo las mejoras, fundaciones, hatos, haciendas y caseríos que están en posesión de terceros, sin hacer salvedad del subsuelo que pueda corresponderle a la Nación en las referidas porciones, en el cual tiene derecho a participación el demandante, conforme a lo que se ha expuesto en este fallo.

Segunda petición

Se solicita en ella que se declare nulo y sin valor legal el artículo segundo de la misma Resolución número 53 citada, en cuanto por él se señalan bases que no son aceptables tanto para fijar la manera de hacer el pago como para determinar el porcentaje que le corresponde al demandante.

El artículo acusado dice así: "Para efectuar el pago debido al señor Jorge Martínez L., se solicitará del Congreso de la República, para la próxima vigencia fiscal, una partida igual al cuarenta y cinco por ciento (45 por 100) de la suma en que fueren avaluados los terrenos mencionados, y con tal fin, dicha partida será incluída en la Ley de Apropiaciones para 1939 que habrá de ser sometida al Congreso".

En el contrato de bienes ocultos se fijó al señor Jorge Martínez L. una participación del 45 por 100. Se estimó también que los bienes serían avaluados por peritos nombrados por el Consejo de Estado. Por consiguiente, lo resuelto en este punto por el Ministerio no se opone al contrato ni viola ninguna disposición legal. No hay, pues, motivo de nulidad de esta parte de la Resolución.

Tercera petición

Dice así:

"Que como consecuencia de la nulidad solicitada en los puntos precedentes, se declare por esa alta corporación que el avalúo que han de hacer los peritos de que habla la Resolución número 53 citada, debe comprender y abarcar el precio comercial que en la actualidad tienen los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, integralmente, o sea, lo que ellos valen comercialmente, en consideración a su suelo y su subsuelo, y excluyendo de la extensión que recibió el Gobierno tan sólo la que él traspasó a Domingo Ortiz el 17 de septiembre de 1759, o sea setecientas ochenta y dos (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8,142) metros cuadrados".

De conformidad con lo expuesto anteriormente, es procedente la primera parte

de esta petición y debe resolverse de conformidad, o sea, declarando que los terrenos deben ser avaluados en consideración al suelo y al subsuelo. Con relación a la segunda parte relativa a las porciones que deben excluírse, no se debe aceptar, por cuanto ya el punto está decidido al tratar de la primera petición.

Cuarta petición

En ella se pide que la Sala declare que la participación del cuarenta y cinco por ciento (45 por 100) que le corresponde al demandante, conforme al contrato celebrado el 22 de diciembre de 1920 y que fue ratificado por la Resolución número 431, de 17 de enero de 1922, debe ser equivalente en esa proporción o porcentaje, al valor comercial que los peritos fijen al suelo y al subsuelo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, con la exclusión de que trata el punto tercero.

Esta petición debe resolverse de conformidad, porque ya se vio que el contratista tiene derecho al valor del suelo y el subsuelo de los terrenos, en la proporción estipulada. En cuanto a lo que debe excluírse del avalúo, se estará a lo resuelto al tratar del punto primero.

Quinta, sexta, séptima y octava peticiones

Dicen así:

"**Quinta.** Que el contrato que celebré con el Gobierno Nacional, sobre denuncio de bienes ocultos, el 22 de diciembre de 1920, es por su esencia y naturaleza y específicamente, un contrato de cuota parte o cuota litis, y que, por lo tanto y cumplido ese contrato por mi parte —como lo he cumplido y así expresamente lo reconoce la Resolución número 53 citada— existe entre las partes contratantes una comunidad en los terrenos dichos y deslindados en el punto precedente, comunidad esa en la cual tiene la Nación el cincuenta y cinco por ciento (55 por 100) y yo tengo el cuarenta y cinco por ciento (45 por 100).

"**Sexta.** Que la comunidad existente entre los dos comuneros citados en el punto precedente se refiere, comprende y abarca todo cuanto tenga algún valor en los terrenos dichos, por cuanto yo los readquirí para la Nación íntegralmente y después de que habían salido de su dominio en su totalidad, por actos de maliciosa usurpación y por reconocimiento expreso que la misma Nación había hecho de ser tales terrenos de propiedad particular y privada con títulos que se remontan al año de 1759.

"**Séptima.** Que existiendo, como existe, una comunidad entre la Nación y el suscrito demandante, cualquiera de los comuneros puede legalmente pedir que cese la indivisión y que a cada uno de los partícipes se adjudique la cuota proporcional que en los terrenos dichos le corresponde, o que se saque a licitación la especie para rematarla yo, tal como lo dispone el artículo 29 del Código Fiscal, vigente en la época en que celebré con el Gobierno el contrato sobre denuncio del bien oculto de que trata la Resolución 53 citada.

"**Octava.** Que, consecuencialmente, mientras no se resuelva licitar los terrenos de Santiago de las Atalayas y de Pueblo Viejo de Cusiana ni se haga el pago previo al contratista denunciante, que lo soy yo, tengo derecho a explotar los terrenos referidos en los términos establecidos por los preceptos que regulan el cuasi-contrato de comunidad".

Sobre estas peticiones se observa lo siguiente:

Conforme al contrato, el denunciante de los bienes ocultos tiene derecho al cuarenta y cinco por ciento (45 por 100) del valor de los bienes denunciados; pero no se estipuló que su derecho quedara vinculado a una cuota proporcional de los mismos bienes. Conforme a la Ley 128 de 1938, artículo 1º, el Gobierno puede pagar en especie la participación que le corresponde al denunciante de un bien oculto; pero esa disposición es facultativa y no obligatoria.

Según las disposiciones del Código Civil sobre el cuasi-contrato de comunidad,

artículos 2322 y 2323, el comunero tiene un derecho sobre la cosa común. En el caso que se estudia el derecho del denunciante es hoy sobre el valor de la cosa recuperada y no sobre la cosa misma. Por consiguiente, no pueden prosperar las peticiones quinta y siguientes, que se refieren al reconocimiento de una comunidad que todavía no existe, porque la Nación no ha determinado el pago de la participación en especie, para lo cual tiene facultad el Gobierno Nacional, de conformidad con la Ley 128 de 1938 que se ha citado, que fue dictada para facilitar el pago de las participaciones en los denuncios de bienes ocultos.

Excepciones propuestas por el señor Procurador

Al contestar la demanda el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso las excepciones de nulidad del contrato de bienes ocultos —por considerar que no son denunciables en ese carácter las tierras baldías— carencia de acción por parte del actor e inexistencia de la obligación.

Las razones que se han expuesto en este fallo llevan a la conclusión de que no son fundadas las excepciones propuestas. El señor Procurador General de la Nación se opuso a que el Ministerio de Agricultura y Comercio declarara bienes ocultos los denunciados por el señor Jorge Martínez L. con argumentos que acogió el Procurador Delegado para proponer la excepción de nulidad. El Ministerio no aceptó la tesis, y declaró por Resolución número 431, de 17 de enero de 1922, copia de la cual figura en autos (folio 12 del cuaderno de pruebas de la Nación), bien oculto del Estado el denunciado por el señor Martínez L. en su exposición presentada al Ministerio el día 28 de enero de 1921. El Ministerio se apoyó para negar lo pedido por el Procurador General de la Nación en las siguientes razones que la Sala considera jurídicas:

"La condición excepcional en que se encuentran los terrenos a que se refiere el denuncio del señor Martínez L., inclina al Ministerio a conceptuar en favor de la admisión del denuncio de esos terrenos como bienes ocultos, toda vez que para el denunciante, como para cualquiera otro, se halla cerrado el camino que puede conducir al esclarecimiento de la legítima propiedad de la mayor parte de los mismos.

"En la exposición del señor Procurador General de la Nación se confunde lo que es pertinente a la adjudicación de los baldíos, con la reivindicación de su dominio en los casos en que los detentadores de ellos se amparen en el artículo 762 del Código Civil, que dice: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo"; y en el 789 del mismo Código, que estatuye lo siguiente: "Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su dominio a otro, o por decreto judicial".

"En las tierras que ha denunciado el señor Jorge Martínez L. como bienes ocultos, se ha hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, según se desprende de las pruebas presentadas, por actos de maliciosa usurpación, por incuria de las autoridades, o por otra causa semejante, que es lo que exige el artículo 28 del Código Fiscal".

No pueden prosperar, por consiguiente, las excepciones propuestas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero. Es nula y por consiguiente carece de todo valor legal, la Resolución número 53, de nueve de marzo de mil novecientos treinta y ocho, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que ese mismo Ministerio confirmó por medio de la Resolución número 204 de veintiseis de julio de mil novecientos treinta y ocho, en cuanto por medio de ella se determinó, en el parágrafo único

del artículo primero, que los peritos en el avalúo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, tendrán en cuenta que se trata de terrenos baldíos para el efecto de excluír el subsuelo, y en cuanto por medio de la misma disposición se ordenó excluír del avalúo de los referidos terrenos, las mejoras, fundaciones, hatos, haciendas y caseríos que están en posesión de terceros, sin hacer salvedad del subsuelo que pueda corresponder a la Nación en las mencionadas porciones, respecto del cual tiene derecho a participación el demandante señor Jorge Martínez L., conforme a lo que se ha expuesto en este fallo; pero no es nula la disposición citada en cuanto ordena respetar los derechos de terceros.

Segundo. El avalúo que han de hacer los peritos de que habla la Resolución número 53 citada, debe comprender y abarcar el precio comercial de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, conforme a la cláusula novena del contrato de fecha 22 de diciembre de 1920, teniendo en cuenta su suelo y su subsuelo, con las exclusiones determinadas en el punto anterior.

Tercero. La participación del cuarenta y cinco por ciento (45 por 100) que le corresponde al demandante señor Jorge Martínez L., de acuerdo con el contrato celebrado el 22 de diciembre de 1920 y que fue ratificado por la Resolución número 431, de 17 de enero de 1922, debe ser equivalente en esa proporción o porcentaje, al valor comercial que los peritos fijen, de acuerdo con los puntos anteriores, al suelo y al subsuelo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, comprendidos dentro de los linderos señalados en el ordinal segundo de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el once de octubre de mil novecientos veintiseis, sin perjuicio de la facultad que tiene el Gobierno Nacional, de acuerdo con la Ley 128 de 1938, para reconocer al demandante en especie la participación que le corresponde en el suelo y el subsuelo de los mencionados terrenos.

Cuarto. No están probadas las excepciones propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Quinto. No hay lugar a hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Sexto. No hay lugar a condenación en costas.

Envíese copia de este fallo al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta — Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres, Srio. en ppdad.

DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON MOTIVO DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE HONORES AL MAGISTRADO DOCTOR LUIS EDUARDO VILLEGAS

Señores miembros del Poder Judicial, señores:

Fue el doctor Luis Eduardo Villegas un eminente ciudadano. Sus acendradas virtudes cívicas y su vasta cultura intelectual le dignificaron hasta descollar entre los demás, por su serenidad y sabiduría.

Sirvió a la Patria como Magistrado y presidió esta Corte Suprema, cuya es la guarda de la integridad de la Constitución, garantía por lo mismo de las libertades públicas y de la marcha ordenada del Estado.

Profesor fue en Ciencias Jurídicas y cultor aventajado de la lengua, con devoción de humanista en la plena acepción del vocablo.

La Ley 75 de 1936, que honra su memoria, sintetizó así las actividades de este colombiano.

En cumplimiento de ese mandato su efigie recordatoria de su equidad ejemplarizante se descubre en este recinto en donde se han debatido y continuarán debatiéndose las arduas cuestiones del Derecho y donde proseguirán incubándose, con base preferencial en nuestra índole de pueblo libre, las construcciones de nuestra jurisprudencia.

Ante la crítica de sus contemporáneos y de quienes seguimos las huellas jurídicas de la personalidad del doctor Luis Eduardo Villegas, dos facetas de su vida armoniosa atraen la atención: la referente a sus calidades de jurisperito y la atañedera a sus dotes de humanista.

La ley fija en un momento dado y en síntesis vitales las normas del Derecho, pero como el elemento humano a quien se aplica es vario y múltiple en sus condiciones, subjetivo; y como las épocas se modifican y los aspectos utilizables de las cosas para la satisfacción de las necesidades humanas se transforman por el ineludible imperio de esas mismas necesidades, lo objetivo en el Derecho también cambia de aspecto.

Es allí, en ese campo complejo, en donde la jurisprudencia actúa construyendo, acopiando o complementando el mandato legal, y en esa labor se cumple en el Derecho y se describe de continuo por la jurisprudencia la espiral goethiana de su perfeccionamiento.

El sentido realista, el análisis del caso concreto, con la ley como norma, son los elementos con los cuales el jurisconsulto va en busca de la equidad para resolver o soltar sobre pretensiones encontradas el derecho atributivo a cada una de las partes.

Verdadero creador, silencioso pero eficaz, es entonces el jurista. Sus doctrinas extraídas de la realidad vivifican los textos legales, les acoplan y ayuntan y les ponen en conexión con el medio y necesidades contemporáneas o futuras para hallar lo justo, el **jus sum cuique tribuere** del concepto rotundo romano.

Los progresos de ninguna legislación se han alcanzado por la sola virtualidad de los Códigos. Son sus intérpretes, sus aplicadores, los jurisconsultos quienes plasman de acuerdo con la vida en todos sus campos las normas de relación en el Derecho. De ahí que en lo concreto de la aplicación de la ley escrita o en la consagración del derecho consuetudinario, el aporte suyo sea el de una selección creadora y por eso desde lo antiguo en el florecimiento del pueblo legislador por ex-

celencia, y cuyo influjo aún se siente en toda la civilización occidental, se les diera a los jurisconsultos la atribución del **juri condendi.**

En nuestra vida de nación independiente la Corte Suprema de Justicia, sobre todo después de nuestra unificación legislativa, cumple esa misión respetada y respetable por lo constructiva, eficaz y nacionalizante.

Los fallos de la Corte son colectivos, pero como sucede en toda Corporación, el influjo de cualquiera de sus elementos, cuando quiera que posee acusados relieves, se trasparenta en las decisiones.

Tal acontece con los fallos o sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en los cuales actuó el doctor Luis Eduardo Villegas. La observación del caso, la crítica de sus componentes, el análisis de la disposición legal, la tradición de la jurisprudencia, el principio aplicable, la resultante lógica y la búsqueda de la equidad, los caracterizan y les hacen fuente de doctrina.

En la Gaceta de la Corte se encuentran, para comprobación honrosa de quien esto asienta y dice y también para enseñanza de quienes a estas disciplinas se dedican y para cosecha doctrinal de quienes aplican la ley como Jueces y Magistrados, o de quienes la exponen como abogados, ya en estrados o en cátedras de profesores.

El jurista se forma no únicamente en el aprendizaje de los textos legales o en la comparación con los de legislaciones extrañas; ni tampoco se alcanza esa eminencia por viajes e incursiones en la filosofía; ni se enriquece su criterio por lo que la historia enseña o el procedimiento judicial indica; ni por la crítica en la probanza; ni por el solo aporte de la psicología o de las ciencias económicas y sociales. Bases son éstas y elementos de una gran valía, y ya son bastantes para transitar a gusto por tan complejo campo enmo es el del Derecho. Pero la irradiación de esos conocimientos y de una personalidad en que confluyan tan varios aportes, ha menester para destacarse y ser apreciada y comprendida, de la yuxtaposición del humanista y del hablista.

Es ésta la otra faz notable del doctor Luis Eduardo Villegas.

Poseía la **elegantia juris.** El manejo del habla y del buen decir, a más de un afinamiento del espíritu, permite la comunicación clara, fácil y comprensible, y con ella el concepto se hace extensivamente didáctico, que es una de las formas o modalidades con las cuales la jurisprudencia cumple sus fines.

Suele desdeñarse ahora el estudio de las humanidades y en ese desdén va envuelto el de la lengua. No es la ocasión ni el sitio para hablar de esas causas, pero sí puede afirmarse que ello es hijo de pedantería vacua y de arrogancia inconsistente, y concretándose al habla, al buen decir y a la propiedad y justeza con que han de trasmitirse los conceptos, en tratándose del Derecho y de sus decisiones, lo límpido y acertado de la expresión es indispensable, consustancial con la decisión jurídica que ha menester ser inequívoca, comprendida de todos y valorada en el tiempo y en el espacio, porque asienta una posición permanente.

Don Andrés Bello es legislador de la América Española porque fue un gran hablista, y si en los campos del Derecho fue el creador de nuestro Código Civil, apareada es su actividad fecunda cuando señaló las vértebras de la lengua castellana, nó como gramático sino como filósofo del lenguaje y cultor insuperable de la expresión artística que le hizo cumbre en las letras castellanas.

Entre nosotros, hablo de nuestros connacionales, el señor Caro fue un gran jurisconsulto porque fue un eminente hablista. Es lapidaria la redacción de la primitiva Constitución de 86 y son inequívocas y diáfanas y fuentes de construcción jurídica, que permiten o han permitido a la Corte actual la renovación de la jurisprudencia dentro de las fuentes vivas del Derecho que contemporáneamente preconiza la Escuela Científica, las le-

yes preparadas por el Consejo de Delegatarios, entre las cuales se destacan la Ley 57 y la Ley 153 de 1887.

Y yendo más atrás, contrasta la nitidez, la sencillez, la justeza de la expresión y por lo mismo la claridad de los mandatos que contienen las leyes anteriores, como las de 1870 a 1876, para no ir más lejos, con la ambigüedad, la anfibología, lo gerundiano y enrevesado del giro que se encuentra en las leyes posteriores, sobre todo en las expedidas en los últimos años, en donde la tortura del intérprete corre parejas con lo ininteligible del texto.

Tales tachas no rezan con la obra del jurisconsulto doctor Luis Eduardo Villegas; y no rezan, ni reparo es posible hacerle al repasar sus fallos, porque en esta materia el jurisconsulto poseía las cualidades del humanista y del hablista. No le atribuyo gratuitamente estos méritos ni los recuerdo por hipérbole en este momento de homenaje a su memoria, propicio para exaltar méritos, sino que son suyos y los tiene en esta materia, y en corroboración allí está su obra, inédita la mayor parte, que la Ley de honores manda también publicar. Las "Analectas" del Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, que son un florilegio como su nombre lo indica de las expresiones perdurables de Cervantes, comprende los trozos selectos del gran escritor, sus pensamientos profundos, originales o ingeniosos y la doctrina literaria que se desprende de la inmortal obra castellana. Y cosa igual puede afirmarse de sus "Apuntamientos", correcciones a Cuervo y Bello, almácigo de crítica filológica.

El doctor Luis Eduardo Villegas fue ante todo y por sobre todo un jurista y por ello está bien que su retrato venga a esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, en donde continúa elaborándose con disciplinas científicas y con crítica contemporánea la jurisprudencia nuéstra, basada en nuestra índole, costumbres y estado económico. Y en donde sin desdeñar las trayectorias fecundas que trazan los expositores extranjeros y sin desconocer el magnífico aporte que dan las legislaciones comparadas en esta época actual en donde las comunicaciones de toda índole redondean las actividades humanas, complementando así la obra geográfica que ya no encuentra ningún punto del planeta asconto y no descrito solidarizando así la humanidad en aspiraciones morales y en intereses materiales, también es preciso acentuar lo nuestro y propio como indicativo de la individualidad colombiana, de la personería de nuestro pueblo, de sus actividades civiles y de la comprensión que en él se tiene del Derecho, que es una de las características que desde los inicios de nuestra vida independiente ambicionaron los fundadores de la República. Por ello el General Santander en exaltación cívica proclamó este axioma colombiano entre el fragor de las dianas victoriosas:

"Si las armas os han dado la independencia, las leyes os darán la libertad".

He dicho.

SALVADOR IGLESIAS

Bogotá, 4 de abril de 1940.

ACUERDO NUMERO 1.

La Corte Suprema de Justicia,

CONSIDERANDO:

1º Que ha fallecido el señor doctor don Juan C. Trujillo Arroyo;

2º Que el extinto desempeñó diversos cargos de la carrera judicial distinguiéndose en ellos por su probidad y competencia;

3º Que fue, en varios períodos, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y aun llegó a ocupar la Presidencia de esta Corporación;

4º Que el señor doctor Trujillo Arroyo, destacado hombre de letras, dedicó lo mejor de su vida al noble ejercicio del profesorado en las diferentes Facultades de Derecho y como fruto de esas labores dejó escrita su obra de Derecho Romano Comparado, así como varios interesantes opúsculos sobre otros asuntos jurídicos,

ACUERDA:

Deplorar el fallecimiento de tan distinguido miembro del Foro y la Magistratura y rendir sentido tributo a su memoria. Con nota de estilo se enviará copia del presente Acuerdo a la señora viuda e hijos del doctor Trujillo Arroyo.

El Presidente, **Salvador Iglesias** — El Vicepresidente, **Arturo Tapias Pilonieta. Liborio Escallón** — **Pedro A. Gómez Naranjo** — **Ricardo Hinestrosa Daza**—**Fulgencio Lequerica Vélez** — **José Antonio Montalvo**—**Juan Francisco Mújica**—**Pedro Alejo Rodríguez**—**Hernán Salamanca.** — **Eleuterio Serna.** — **Francisco Vizcaíno**—**Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

INDICE

Págs.

EDITORIAL—ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LA REPRESENTACION EN LOS ACTOS JURIDICOS. — Por David Stitchkin Branover 1

SALA PLENA

ARTICULO 4º DE LA LEY 100 DE 1937, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL.—BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y BIENES DE DOMINIO PRIVADO.—LA LEY, COMO CREADORA DE DERECHOS PERSONALES O REALES. EL ARTICULO ACUSADO ES INEXEQUIBLE POR VIOLAR UN DERECHO ADQUIRIDO CON JUSTO TITULO. — Se declara inexequible el artículo 4º de la Ley 100 de 1937.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta... 14

SALVAMENTO DE VOTO de los magistrados doctores Hernán Salamanca, Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, y del conjuez, doctor C. A. Torres Pinzón..... 24

DECRETOS NUMEROS 1606 Y 1717 DE 1937, REGLAMENTARIOS DE LA LEY 109 DE 1936, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES. — Se abstiene la Corte de considerar la demanda de inexequibilidad de los artículos 2º y 3º y el parágrafo 4º del decreto número 1717 de 1937 y los artículos 6º, 24 y 25 del decreto número 1606 del mismo año, por carecer de imperio habiéndolos declarado nulos el Consejo de Estado en sentencia de 28 de marzo de 1939; y se declaran exequibles las restantes disposiciones acusadas, a saber: los artículos 1º a 5º, 9º a 11, 13, 14, 16, 17 y 23 de dicho decreto 1606 y los arts. 1º y 4º del dicho decreto Nº 1717, decretos respectivamente de 1º y 22 de septiembre de 1937, reglamentarios ambos de la Ley 109 de 1937 sobre tarifas y reglamentos de empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 28

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO. — QUE SE ENTIENDE POR CONFESION.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el ordinario de Nepomucena Jerez y Francisco Delgado Rangel contra Martín Mendoza Flórez el 11 de marzo de 1939, y en su lugar se confirma la del Juez de primer grado, de fecha 18 de agosto de 1938.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 37

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO. — TERMINOS. — SUSPENSION DE TERMINOS. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla el 21 de abril de 1939 en el ordinario de Jorge A. Ruiz Quijano y María T. Alvarino de Ruiz Quijano contra Elías Muvdi.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón. 41

Págs.

SOLICITUD DE ACLARACION DE UNA SENTENCIA—Se niegan las peticiones contenidas en memorial sobre aclaración de una sentencia. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 47

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION.—Se declara desierto el interpuesto contra la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Barranquilla el 9 de febrero de 1939 en el ordinario de María Eulalia Medina de Foschini contra Camilo Alliegro. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 49

ACCIONES DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCION DE UN INMUEBLE.—EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. — ACCION RESOLUTORIA. — ENTREGA POR EL REGISTRO DEL TITULO Y ENTREGA MATERIAL. — NO BASTA LA PRIMERA. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de diciembre de 1938, y en su lugar se confirma la de primera instancia proferida por el Juzgado 3º Civil de este Circuito el 7 de noviembre de 1937 en el ordinario de Obdulio Chala II. contra José Ignacio Chala—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 50

ACCION DE PERJUICIOS. — HIGIENE Y SALUBRIDAD DE LAS HABITACIONES URBANAS. — EJERCICIO DE ACCIONES SOBRE POLICIA SANITARIA. — JUSTIFICACION DE ESAS ACCIONES ANTE EL DERECHO CIVIL. — EN QUE CASOS HAY RESPONSABILIDAD POR PARTE DE LAS AUTORIDADES EN EL EJERCICIO DE ESAS ACCIONES. — TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD. — NOCION DE SERVICIO PUBLICO. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el día 11 de marzo de 1939 y en su lugar se confirma la sentencia absolutoria dictada en primer grado por el Juez 4º del Circuito de Bogotá el 13 de agosto de 1937, en el ordinario de Alfredo Posada Delgado contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 57

RECURSO DE HECHO.—Se concede el recurso de hecho interpuesto contra el auto de fecha 18 de octubre de 1939, y se ordena a la Sala falladora del Tribunal Superior de Barranquilla que proceda a dar estricto cumplimiento al artículo 524 del C. J.—Juicio ordinario de Saúl Amaya contra Gustavo Rosanía.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 65

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS. — LA ACCION DE SIMULACION ES SUBSTANCIALMENTE DISTINTA DE LA DE NULIDAD. — ACCION DE NULIDAD. — ACCION PAULIANA Y ACCION DE SIMULACION—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de fecha 20 de marzo de 1939, en el ordinario de Sinforoso C. Quiroga, en su carácter de curador ad-litem de la menor púber Rosa Adela Avilés de Sánchez, contra Manuel Avilés y Pablo Macario Rosas. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 67

ACCION SOBRE PAGO DE UNA PENSION DE JUBILACION DE UN OBRERO FERROVIARIO.—CARACTER JURIDICO DE NUESTRA LEGISLACION SOCIAL. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior

Págs.

de Santa Marta el día 15 de julio de 1938 en el ordinario de José Rosario Rodríguez contra The Santa Marta Railway Company Limited. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 74

OPOSICION A LA ADJUDICACION DE UN TERRENO COMO BALDIO. — ALEGACION DEL ERROR DE HECHO EN CASACION—CASACION — APRECIACION DE PRUEBAS.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta el 15 de abril de 1939 en el ordinario de José María Leyva contra José R. Martínez—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 83

ACCION SOBRE MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD DE UNA MINA. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Ibagué el día 15 de marzo de 1938 en el ordinario de Carlos E. Salazar y otros contra Jesús Arbeláez. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 87

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — INSTRUMENTO PRIVADO. — RATIFICACION DE TESTIMONIOS. — ASIGNATARIOS A TITULO UNIVERSAL. — DEUDAS HEREDITARIAS. — REGISTRO DE LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS. — COSA JUZGADA. — COSTAS.—

No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el día 3 de febrero de 1939 en el ordinario de Honorato Agustín Sabogal contra el "Instituto Homeopático Luis G. Páez" — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 94

Págs.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION. SIMULACION—ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE SIMULACION. — TEORIA DEL MANDATO—REPRESENTACION — NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE UNA DE LAS PARTES.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 16 de noviembre de 1938 en el ordinario de Paulina Noügues de Mantilla contra Pedro Nougues y Ana y Eugenio Penagos.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 105

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JUAN FRANCISCO MUJICA 112

SE DECRETA EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION.—Se decreta el desistimiento del recurso de casación hecho por los abogados de las partes en el juicio reivindicatorio instaurado por Josefa Díaz Guzmán de Amarís contra Mariano Amarís Maya. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 114

ACCION DE PERJUICIOS POR EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE UN MEDICO— RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. — RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MEDICA. — RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL MEDICO.—RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTO IMPUTADO AL MEDICO Y EL DAÑO SUFRIDO POR EL CLIENTE. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali proferida en el ordinario de Jorge A. Padua contra Eugenio Vivas Lazo el día 24 de abril de 1939.— Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.. 115

Págs.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

NO PUEDE UN TRIBUNAL REFORMAR SU PROPIA SENTENCIA DEFINITIVA. — No se infirma la condenación a 18 años de presidio proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga contra Antenor Blanco, Alcides Orjuela y Jacinto Méndez, por fuerza y violencia y homicidio en una menor. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 123

SE NIEGA EL RECURSO DE CASACION interpuesto de hecho por Carlos Barrera Uribe contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 13 de marzo de 1939, que lo condenó a dos años y seis meses de presidio, por el delito de heridas.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 125

INTERPRETACION DEL ART. 602 DEL C. P. DE 1890, EN RELACION CON EL ARTICULO 587 IBIDEM. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el 18 de noviembre de 1938, que condenó a Miguel Blanco Gómez a la pena principal de seis años de presidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 127

CASACION TOTAL, NO PARCIAL, POR DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá fechada el 25 de noviembre de 1938, que condenó a Anastasio Vásquez a siete años cuatro meses de presidio por homicidio y heridas—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo. 128

PENA IMPUESTA SEGUN EL VIEJO CODIGO Y AUMENTO POR REINCIDENCIA, MAS BENIGNO, DE ACUERDO CON LA LEY PENAL NUEVA.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira fechada el 16 de noviembre de 1938, que impuso a Luis Alberto Echeverri nueve años y nueve meses de presidio por el delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 132

JUICIO MILITAR POR DELITO DE DESERCION. — Se inhibe la Corte de conocer del juicio militar seguido contra el soldado Luis Manjarrés Fontalvo y ordena su devolución al Tribunal Superior de Santa Marta.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias..... 134

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN JUICIO MILITAR—EL ORDINAL 5º DEL ARTICULO 44 DE LA LEY 94 DE 1938 DEBE CONSIDERARSE INCORPORADO EN EL CODIGO MILITAR.—Se inhibe la Corte para conocer del juicio militar seguido contra el cabo Manuel J. Castro, y ordena su devolución al Tribunal Superior de Santa Marta.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 136

DELITO DE TOLERANCIA EN CUANTO AL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES LEGALES DE EMPLEADOS SUBALTERNOS—SE CONFIRMA LA SENTENCIA RECURRIDA. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 10 de julio de 1939, que condenó a Luis Ma. Parrado G. a pagar al Tesoro Nacional una multa. — Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias... 139

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN JUICIO MILITAR.—Se inhibe la Corte para conocer del juicio militar segui-

Págs.

do contra el soldado Alejandro Córdoba Yepes por deserción, y ordena su devolución al Tribunal Superior de Medellín. — Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 141

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

TACHA DE UN DICTAMEN PERICIAL.—ERROR GRAVE — No se declara estar viciado de error grave el dictamen de los peritos en el juicio de Julio Rodríguez Ll. contra la Nación, iniciado ante el Tribunal Superior de Cartagena.—Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno 143

BONOS—No se repone el auto de 23 de junio de 1939, por el cual se confirmó el dictado por el Tribu[illegible] de 20 de julio de 1938, en que se negó la ejecución pedida por Adolfo Palau contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno 149

SE NIEGA UNA PENSION DE JUBILACION A UN EMPLEADO FERROVIARIO — Se confirma la sentencia de fecha 15 de marzo de 1938 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Cecilio Castiblanco contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno 156

EXCEPCION DE INCOMPETENCIA DEL JURISDICCION — Se revoca el fallo del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 19 de julio de 1939 en el juicio seguido por Ernesto Ariza H. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 159

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR PERJUICIOS. REGISTRO DE LA SENTENCIA — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 31 de octubre de 1938 dictada en el juicio de Leovigildo Sánchez contra el Departamento del Tolima.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 161

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha 15 de julio de 1938, dictada en el juicio de Miguel Uribe R. contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 164

RECONOCIMIENTO. — Se declara probada la excepción de error de cuenta propuesta por Enrique y Ramón Pizano en el ejecutivo que contra ellos adelantaba la Recaudación de Hacienda Nacional de Tilaribi—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo . . 167

APELACIONES—La Corte no asiste de conocer de las apelaciones interpuestas en el ordinario de Manuel Ma. Mosquera contra la Nación 169

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCIONES SOBRE BIENES OCULTOS—Se declara nula la Resolución Nº 52 de 9 de marzo de 1938 proferida por el Ministerio de Hda. y Crédito Público, y se dictan otras declaraciones en el juicio promovido por Jorge Martínez L. contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 170

DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE CON MOTIVO DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE HONORES AL MAGISTRADO DOCTOR LUIS EDUARDO VILLEGAS . . . . . 18[illegible]

ACUERDO NUMERO 1 . . . . . 18[illegible]

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

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

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLIX Bogotá, abril y mayo de 1940. Números 1956 y 1958

LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO

Por

BERNARDO LARRAIN VIAL

INTRODUCCION

1. — *Dentro de las instituciones que tienden a moralizar el derecho, ocupa la lesión, sin duda, un lugar preferente. "El problema más grave planteado por las relaciones del derecho y la moral en el contrato es seguramente el de la lesión; es también el más conocido y quizás el más insoluble"* (1). *Sin embargo, entre nosotros, no ha sido objeto del estudio que merece. Jamás se ha considerado a la lesión como un principio superior que inspire y oriente todas*

(1) RIPPERT: *La régle morale dans les obligations civiles*, pág. 101.

aquellas esporádicas manifestaciones contempladas por nuestra legislación.

Ello se explica, en parte, si consideramos que nuestro Código Civil ha seguido en esta materia la orientación clásica. Inspirado en el Derecho Romano, no reconoce la lesión como una regla general de las obligaciones; ignora en absoluto la doctrina en su conjunto y sólo la consagra para ciertos y determinados casos. Pero, como dice Markovitch, "parece que hay algo permanente superior a las leyes, o mejor al derecho positivo. Es decir, que hay principios que rigen las leyes mismas, que el derecho positivo no es una creación arbitraria, una noción última, sino la expresión de una realidad preexistente que Pablo llama tan justamente jus quod est" (2).

2.—*La palabra lesión, etimológicamente, significa herida; en un sentido más amplio, daño. Para el médico son lesiones los atentados a la integridad personal; para el jurista las que afectan los intereses patrimoniales. Así, ella se manifiesta exteriormente como un perjuicio material o daño en nuestro patrimonio. Pero no basta con sufrir un perjuicio. Es necesario que este perjuicio se sufra como consecuencia de la ejecución de un acto jurídico.*

Colin y Capitant, definen la lesión diciendo: "Es el perjuicio que puede experimentar una persona cuando ejecuta ciertos actos jurídicos; resulta de la desigualdad existente entre la ventaja obtenida y el sacrificio hecho para obtenerla" (3).

Baudry Lacantinerie, sostiene que "la lesión es la desigualdad entre las prestaciones recíprocas de las partes en un contrato conmutativo, de tal modo que una recibe más y la otra menos de lo que da" (4).

Por último, citaremos la definición dada por Demontés, autor que es, sin duda, quien ha hecho un estudio más profundo y acabado sobre esta institución. Dice así: "La lesión, en efecto, es el perjuicio que un contratante experimenta cuando, en un contrato conmutativo, no recibe de la otra parte un valor igual al de la prestación aportada por él" (5).

Más o menos en los mismos términos se expresan la generalidad de los autores (6). *Con todo, estimamos que ninguna de las definiciones aludidas proporciona una idea clara y precisa del moderno concepto de la lesión, que no sólo contempla el elemento material de daño o perjuicio, sino que requiere la concurrencia de*

---

(2) MARKOVITCH: *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, pág. 10.

(3) COLIN y CAPITANT: *Cours Elémentaire de Droit Civil Francais*, t. I, pág. 167.

(4) BAUDRY LACANTINERIE: *De la Vente et de l'Echange*, pág. 705, Nº 670.

(5) DEMONTES: *De la lesion dans les contrats entre majeurs*, pág. X.

(6) Véase, CLARO SOLAR: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. II, pág. 239, Nº 843; PLANIOL: *Traité Elémentaire de Droit Civil*, t. I, pág. 110, Nº 284; JOSSERAND: *Les mobiles dans les actes juridiques*, pág. 124, Nº 96; DEMOGUE: *Des obligations en général*, t. I pág. 620, Nº 400.

otros elementos. Así, el Código alemán exige que se haya cometido una explotación con el lesionado. Lo mismo prescriben el Código suizo y el nuevo Código mexicano. El derecho soviético requiere que el lesionado se encuentre en un estado apremiante. El Proyecto de Código de las Obligaciones y Contratos franco-italiano considera necesario que concurran circunstancias que permitan presumir que el consentimiento no ha sido suficientemente libre. De la variedad de estas disposiciones se desprende que hoy día se considera que no basta la existencia de un simple daño, por grande que sea, si no va unido a otras condiciones. En el curso de este trabajo iremos dilucidando todos estos problemas y veremos las enormes ventajas que acarrea esta nueva orientación legislativa.

3.—De los breves conceptos emitidos sobre la lesión podemos concluir que es ella una institución que tiene por exclusivo objeto conseguir que impere una mayor justicia entre los hombres. En efecto, sólo podrán atacarse aquellos actos que constituyan una flagrante violación a sus dictados.

"Si observamos las tendencias de la legislación, de la jurisprudencia, de la doctrina más reciente, si consideramos que las doctrinas católica y socialista se unen por un mismo objetivo, que el Parlamento ya se pronuncia en favor de la lesión, que una gran asociación de jurisconsultos ha adoptado el principio, quedaremos ciertamente sorprendidos de la evolución de las ideas desde un siglo a esta parte".

Las nuevas exigencias sociales explican este gran auge, de la institución que estudiamos porque "la necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos" (7).

Hemos llegado a una época en que es imprescindible la dictación de medidas que defiendan a los más débiles, confiados e ignorantes.

Una de ellas es la lesión.

TITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LESION

SECCION I

LA LESION EN GRECIA

4.—El Derecho de las Obligaciones tuvo en Grecia un escaso desarrollo, especialmente, si se le considera en sus primeros tiempos y en relación con el Derecho de Familia y el Derecho de Propiedad. La causa de este fenómeno de preterición ha sido acertadamente expresada por May al referirse en particular a la Teoría Romana de las Obligaciones. Dice, este autor, que la obligación fue de un uso muy restringido, porque el individuo se encontraba encerrado en el círculo estrecho de una familia

---

(7) Cita sacada de la Exposición de Motivos que precede el Código Civil Mexicano, pág. 6.

o de un clan familiar en tal forma que no tenía necesidad de recurrir ni a los capitales ni a la actividad de personas extrañas. Agrega, que ella sólo se genera en el momento en que el hombre deja de ser absorbido por el grupo familiar y queda entregado a sus propios recursos e iniciativas (8).

5.—*Las leyes de Esparta no proporcionan un aporte de interés para nuestro estudio. Ello se explica perfectamente si se considera que vivió bajo un régimen colectivista e igualitario en que casi no existía el comercio ni los contratos. Además, los inmuebles que han sido siempre los objetos preferentemente defendidos por esta institución, estaban fuera del comercio humano* (9).

6.—*El Derecho Ateniense fue informado por la posición geográfica de Atenas, que hacía de ésta, un conglomerado humano, más bien comercial que agrícola. Y, siendo ese su carácter predominante, no era conveniente que se le pusieran trabas a la libre circulación de las mercaderías. Otra solución habría afectado en su esencia al desarrollo del comercio.*

Probablemente sea ésta la verdadera razón de la existencia de normas legales sobre la rescisión de los contratos por lesión enorme, y de la absoluta libertad concedida a los contratantes en la estipulación de intereses (10).

No obstante lo anterior, no faltan autores que, como Caillemer, sostienen la existencia de la rescisión por lesión enorme en el Derecho Griego. Para ello se basan en un alegato de Demóstenes. Pero, en realidad, el origen de esta disconformidad de opiniones parece encontrarse en una falsa apreciación de los hechos. El discutido alegato no se dirige, como creen algunos, a rescindir una venta por lesión enorme sino por haber sido hecha en fraude de los derechos de los acreedores (11).

7.—*En cuanto a intereses convergen las más autorizadas opiniones en estimar que existió una ilimitada libertad para estipularlos.*

Garriguet dice que "en Atenas como en toda la Grecia en general, la fijación del interés estaba abandonada a la convención de las partes", y que su "tasa ha variado siguiendo las épocas y circunstancias entre el 10 por 100 y el 48 por 100" (12).

BEAUCHET, al sostener la misma tesis, agrega que este principio fue proclamado por una ley de Solón. Y, más adelante, al tratar de la Cláusula Penal, expresa: "la ley ateniense que proclamaba la libertad ilimitada del interés y que ignoraba, en consecuencia, el delito de usura, no debía lógicamente poner ninguna restricción a la libertad de las partes para estipular una Cláusula Penal tan elevada como ellos quisieran" (13).

---

(8) MAY, citado por BEAUCHET: *Histoire du Droit Privé de la République Athénienne*, tomo IV, pág. 4.

(9) MORIXE: *Contribución al estudio de la lesión*, pág. 12.

(10) DEMONTES: *De la Lesion dans les Contrats entre Majeurs*, pág. 4.

(11) BEAUCHET: Ob. cit., t. IV, pág. 116. DEMONTES: Ob. cit., pág. 4.

(12) GARRIGUET: *Prêt, Intérêt et Usure*, pág. 18.

(13) BEAUCHET: Ob. cit., págs. 247 y 435, tomo IV.

No debemos terminar nuestro estudio del Derecho Griego sin mencionar la obra de Platón, Aristóteles y otros filósofos que, aunque sólo hayan ejercido una influencia moral, reprobaron en todo momento las desproporciones que se producían entre los contratantes.

SECCION II

LA LESION EN ROMA

8.—*Hay que remontarse a la época romana, en que tuvieron origen casi todas las teorías jurídicas del derecho moderno, para estudiar el nacimiento del concepto de lesión. En sus primeros tiempos la rescisión de los contratos por causa de lesión es desconocida. El derecho era esencialmente formalista y sólo consideraba importante en un acto jurídico la solemnidad. La equidad no ejercía la más mínima influencia.*

Toda acción debía tener su fundamento en el derecho y éste quedó fijado en la Ley de las Doce Tablas. La compra-venta era válida habiendo consentimiento, cosa y precio, aunque hubiera una desigualdad entre el valor de la cosa y su precio; es decir, aunque éste fuera vil.

9.—*Al poco tiempo, la perversión de las costumbres, acompañada de su numeroso cortejo de abusos e injusticias, trajo consigo una violenta reacción contra estos principios. Fue así como apareció el Pretor Romano, "el más sublime de los jueces", dispuesto a dar armas contra la arbitrariedad.*

"De donde deducimos que el remedio que permite reparar las lesiones en los contratos, no es en el derecho propiamente tal donde hay que buscarlo, sino en las reglas de procedimiento y sobre todo en aquellas que autorizan los poderes de los jueces. Existe, en efecto, un remedio de carácter general, pero nunca asimilable a la rescisión por lesión; es la restitutio in integrum (14). *Pero, para poder ejercer esta acción, de restitutio in integrum, era necesario probar, además de una lesión, que el perjuicio se había producido en caso de ausencia, minoridad, violencia, dolo, fraude, error, capitis deminutio o alienación. En resumen, la prueba versaba más sobre estas circunstancias que sobre la lesión misma.*

Sin embargo, es necesario reconocer, que esta acción, introducida por el Pretor Romano, no es un procedimiento general sino más bien excepcional y arbitrario, fruto del "imperium" del magistrado. Concluiremos, entonces, con las palabras de Maynz quien, refiriéndose a esta época del Derecho Romano, dice que "en general, es libre cada una de las partes de emplear todos los medios lícitos a fin de obtener condiciones favorables, aun cuando por ellas han de quedar lesionados los intereses de la parte adversa" (15).

10.—*Aparece la lesión, por primera vez en la historia, como institución propia e independiente del derecho privado bajo el Imperio Romano.*

A fines del siglo tercero de nuestra éra los Emperadores Diocleciano y Maximiliano resolvieron, en dos célebres rescriptos, que el vendedor lesionado en más de la mitad del precio de la cosa estaba autorizado para pedir la rescisión de la venta.

Sin embargo, no faltan opiniones que, como la de Girard y la de Tho-

---

(14) DEMONTES: Ob. cit., págs. 6 y 7.

(15) MAYNZ: Cours de Droit Romain, t. II, pág. 210.

masius, niegan la existencia de la lesión en esta época (16), *o que, pasándose al otro extremo, sostienen que ya existía desde mucho tiempo atrás en la jurisprudencia romana* (17).

11.—*El primero de los textos, a que nos hemos referido, dice así:*

"Si tú o tu padre hubiereis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano, o que, restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiere, recibas lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del verdadero precio".

El segundo rescripto, de los emperadores Dioclesiano y Maximiliano, es una repetición del anterior, aunque, en términos más oscuros y vagos. Dice: "Si con tu voluntad vendió tu hijo un fundo tuyo, se debe probar el dolo por la astucia y las asechanzas del comprador, o se debe demostrar miedo de muerte o inminente tormento corporal, para que no se tenga por válida la venta. Porque esto solo que indicas, que el fundo fue vendido por precio poco menor, es ineficaz para que se rescinda la venta. Porque si, a la verdad, hubieses pensado sobre la esencia del contrato de compra y venta, y que persiguiendo el comprador su deseo de comprar por menos y el vendedor de vender más caro, llegan a este contrato, y que con dificultad después de muchas contiendas, rebajando paulatinamente el vendedor de lo que había pedido, y añadiendo el comprador a lo que había ofrecido, consienten en cierto precio, verías ciertamente, que ni la buena fe, que ampara a la convención de la compra y de la venta permite, ni razón alguna concede que por esto se rescinda un contrato terminado por el consentimiento, o desde luego, o después de la discusión de la cantidad del precio; a no ser que se haya dado menos de la mitad del justo precio que había sido al tiempo de la venta, debiéndosele reservar al comprador la elección ya concedida".

De la lectura de estos textos podemos llegar a la conclusión de que las disposiciones que consagran la lesión, en la casi totalidad de los Códigos modernos — entre ellos el nuestro,— no son más que su copia fiel y exacta. Adoptan su mismo criterio y las mismas restricciones.

"Es humano", dice el primero de estos rescriptos. Esta frase nos proporciona la clave, necesaria e indispensable para encontrar el verdadero fundamento de la lesión. El es de pura humanidad, expresión particular del laudable propósito de que reine mayor solidaridad entre los hombres.

12.—*En una serie de artículos publicados en la "Revue Historique", M. Monnier sostiene la tesis de que la dictación de estos preceptos, tan contrarios a los principios clásicos del viejo derecho romano, forma parte de un conjunto de medidas, de un verdadero movimiento general destinado a proteger los intereses del débil y necesitado en contra del poderoso y del rico. Concluye que sólo las ventas de inmuebles debían someter-*

(16) Véase GIRARD: *Manuel Elémentaire de Droit Romain*, pág. 575, nota 6; y TROPLONG: *De la Vente*, pág. 279, Nº 782.

(17) GIORGI: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, t. IV, pág. 129, afirma que lo que hicieron Dioclesiano y Maximiano sólo fue fijarle un límite al arbitrio del juez.

se a la lesión, porque a los poderosos sólo ellas interesaban (18).

Corrobora esta última opinión la palabra Fundum *que se emplea en la redacción de ambos textos. Sin embargo, la cuestión es incierta y, hay autores que opinan en el sentido de incluír, también, los bienes muebles* (19).

En resumen, de los textos citados se desprenden razones para defender las dos opiniones. De ahí que las legislaciones modernas, inspiradas en el Derecho Romano, han seguido dos caminos diferentes: las unas admiten la lesión solamente en las ventas de inmuebles, las otras la hacen extensiva, aun a los bienes muebles.

13.—*¿Se aplica lesión indistintamente al comprador y al vendedor, o será solamente el vendedor lesionado quien podrá hacer uso de ella? La mayoría de los autores se manifiesta de acuerdo con la segunda de las doctrinas enunciadas, fundándose en los expresiones de los textos que nos hablan de vendedores y no de compradores. Agregan, que el vendedor puede haber sufrido la presión de la necesidad, circunstancia que jamás impulsará la voluntad del comprador* (20).

Sostiene la opinión contraria Gómez de la Serna, quien dice que la igualdad que debe haber en la condición de las partes, en los contratos de buena fe, exige que, si la compra-venta se rescinde por ser lesionado el vendedor, debe también rescindirse si el perjudicado en iguales términos es el comprador (21).

14.—*Cuando el vendedor ha sido lesionado en más de la mitad se le conceden los medios de sustraerse a las desastrosas consecuencias que del contrato se deriven. Así, en tanto que la venta no ha sido ejecutada podrá oponer una excepción o la* Actio Empti; *y si ha recibido su ejecución podrá servirse de la* Actio Venditi *para pedir la rescisión del contrato.*

Esta última es una acción personal que no afecta a terceros adquirentes de la cosa comprada a vil precio. Se extingue por la pérdida fortuíta de la cosa, puesto que este acontecimiento pone al comprador en absoluta imposibilidad de restituirla.

Decretada la rescisión, el vencido queda obligado, en forma facultativa a devolver la cosa en el estado en que la recibió, o bien, a pagar el suplemento de precio. Los frutos, como todo poseedor de buena fe, no está obligado a restituírlos. Las mejoras se compensan con los frutos cuando son necesarias, y las útiles, en tanto en cuanto aumenten el valor de la cosa. Todo de acuerdo con los principios generales de derecho (22).

15.—*El principio de la lesión en la compra-venta, bajo el gobierno de*

---

(18) MONNIER: citado por MORIXE: Contribución al estudio de la lesión, pág. 20.

(19) GOMEZ DE LA SERNA: Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano comparado con el Español, t. II, pág. 213; MAYNZ: Ob. cit., t. II, pág. 212, nota 11.

(20) Véase, GIRARD: Ob. cit., pág. 575; MAYNZ: Ob. cit., t. II, pág. 212., VAN VETTER: Cours Elémentaire de Droit Romain. t. II, pág. 184; DEMONTES: Ob. cit., págs. 13 y 15; CUQ: Manuel des Institutions Juridiques des Romains, pág. 456.

(21) GOMEZ DE LA SERNA: Ob. cit., t. II, pág. 293.

(22) MAYNZ: Ob. cit., t. II, págs. 211 y 212.

algunos emperadores posteriores como Graciano, Valentiniano, etc., fue cayendo en desuso. El Código de Teodosio llegó hasta derogarlo expresamente. Fue necesario esperar el advenimiento de Justiniano, para verlo renacer en todo su rigor, e incorporarse, en forma definitiva en la legislación de casi todos los Estados.

16.—*Desde los más remotos tiempos, nos encontramos, en Roma con el préstamo a interés llamado Faenus.*

En la época más antigua, del mismo modo que se desconocía la rescisión de los contratos por causa de lesión, rigió una absoluta libertad en cuanto a la estipulación de intereses. Ellos se regulaban por la convención libre de las partes (23).

Posteriormente, debido a los frecuentes abusos, se dictaron una serie de leyes que restringieron esta amplia libertad. La Ley de las Doce Tablas estableció que el interés no podía exceder del Unciarum Faenus *y sancionó severamente a los acreedores que sobrepasaban la tasa legal, condenándolos a restituir el cuádruple* (24).

Mucho se ha discutido en qué consistía el unciarum faenus. Algunos autores han llegado a sostener que era una tasa de ciento por ciento al año (25). *Otros, dicen que la palabra uncia se refiere a una doceava parte del capital prestado, es decir, un* 8,33 *por* 100 (26). *Y Garriguet sostiene que "no se sabe exactamente cuál era esa tasa, y que la opinión más probable es la de que se calcula en un doce o diez por ciento anual".* (27).

A pesar de esta disposición, la usura siguió extendiéndose y se hizo necesaria la dictación de nuevas leyes. Así, la ley Licinia Sextia, año 376 antes de Cristo fue tan enérgica que hizo una liquidación general de todas las deudas anteriores a su dictación (28).

La Ley Duilia-Moenia y una serie de leyes posteriores tampoco surtieron mayores efectos. "Hasta el final la usura causó estragos en la sociedad romana, y fue causa de graves trastornos y de numerosas revueltas de parte del populacho; trastornos y revueltas que llegaron a veces hasta suspender la vida pública y a ensangrentar las calles de la capital del mundo". (29).

Tan arraigado estaba la usura entre los romanos que cuanta ley pretendía restringirla era abiertamente violada, y al poco tiempo olvidada. Es lo que le sucedió, entre otros muchos, a la Ley Genucia, que pretendió prohibir completamente el préstamo a interés. (30).

---

(23) GARRIGUET: Ob. cit., pág. 19.

(24) BONFANTE: *Histoire du Droit Romain*, t. I, pág. 233.

(25) BONFANTE: Ob. cit., t. I, pág. 233.

(26) GIRARD: Ob. cit., pág. 548.

(27) GARRIGUET: Ob. cit., pág. 19.

(28) GARRIGUET: Ob. cit., pág. 19; TROPLONG: Comentaire du Prêt, du Dépot, du Séquestre et des Contrats Aléateires, página 29.

(29) GARRIGUET: Ob. cit., pág. 19.

(30) GIRARD: Ob. cit., pág. 548; CUQ: Ob. cit., pág. 429.

Sin embargo, los intereses más elevados, que los edictos de los gobernadores provinciales y la jurisprudencia permitieron, fueron los del doce por ciento anual (legítima usura).

Este máximum legal, que llegó a ser, bajo el Imperio, superior a la tasa ordinaria de intereses convencionales, subsistió hasta Justiniano. Este Emperador lo bajó sensiblemente fijando su monto, de una manera variable, según la categoría de las personas y el carácter de las operaciones (31).

17.—*Al decir de Pothier, la partición es el acto en el cual, más que en ningún otro se requiere la igualdad* (32).

Mas, es discutible si, en el derecho romano, podían atacarse los actos particionales por el vicio de lesión. Fuzier-Herman, pronunciándose por la afirmativa, nos dice que, si en la compra-venta se precisaba una lesión de más de la mitad, es natural que en la partición se exigiera idénticas condiciones; esto último, porque no conoce ningún texto que haya determinado formalmente la tasa de la lesión en materia de particiones (33).

Demontés cree que, no habiéndose fijado ninguna tasa de lesión para el caso de las particiones, la acción se fundamenta y rige por el procedimiento del juicio de buena fe, al cual podría someterse también la lesión con respecto a la partición de una sociedad. Luego, la apreciación de si es o no susceptible de rescindirse una determinada partición queda entregada por entero al arbitrio del juez. A continuación hace presente que, en tiempo de Justiniano, se le aplicaban por analogía las reglas seguidas en materia de compra-venta (34).

Por último, otros autores sostienen que para rescindir una partición bastaba la existencia de una lesión considerable (35)

SECCION III

LA LESION EN LA EDAD MEDIA

18.—*El desarrollo del derecho romano alcanza su expresión máxima en la obra de Justiniano. Pero, en el Imperio Occidental regía en esta época el Código de Teodosio, de cuyas disposiciones se había desterrado la rescisión por lesión. M. Meynial, citado por Demontés, cree que la desaparición de la lesión del derecho de este Imperio Occidental no sólo se debe a una imitación de los textos vigentes, sino, también, al estado de civilización primitiva de los bárbaros que no les permitía comprender la protección a los débiles, significado y objetivo directo de su implantación. Agrega que las ventas casi no se efectuaban en esta época tan llena de sobresaltos. Ellos precisan de mucha tranquilidad y confianza en el porvenir* (36).

---

(31) GIRARD: Ob. cit., págs. 548 y 549, nota 6.

(32) POTHIER: Oeuvres, t. VI, pág. 424.

(33) FUZIER-HERMAN: *Répértoire du Droit Francais*, t. 26, pág. 204, Nº 423.

(34) DEMONTES: Ob. cit. pág. 14.

(35) Véase VAN WETTER: Ob. cit. t. II. página 134.

(36) DEMONTES: Ob. cit., pág. 16.

Es lo que expresa Louis Lucas, refiriéndose a la desaparición de la idea de lesión en materia de compraventas. Cree que la inestabilidad económica hace, desde todo punto de vista, imposible apreciar la desproporción que pueda existir entre el precio convenido y el valor real de la cosa vendida. (37).

19.—*La Iglesia Católica, divulgando doctrinas de paz, caridad, igualdad y amor al prójimo, es la primera en iniciar una verdadera campaña en favor de los débiles. Aun cuando durante los tres primeros siglos de su existencia, víctima de toda clase de persecuciones y vejámenes, hubo de ocultarse, y limitar su benéfica influencia a sus fieles, jamás dejó de repetir aquellos admirables principios de caridad y amor al prójimo, junto con su Divino Maestro: "Haced el bien y prestad sin esperar ninguna ventaja aquí abajo; y vuestra recompensa será abundante ante Dios de quien seréis los hijos".*

"Desde que tuvo posibilidad elevó la voz para tomar la defensa de los pobres. Su pensamiento y su reprobación a toda clase de abusos e injusticias los expresó, por las declaraciones de sus concilios y las vehementes protestas de sus doctores" (38).

Comenzó por prohibir a sus sacerdotes la adquisición de bienes pertenecientes a los pobres si no cumplían con ciertas formalidades, y la práctica de la usura. Luégo trató de fijar los precios por medio de tarifas. Pero, cuando a mediados del siglo doce, la extensión de su poder siempre creciente, le permitió imponer su criterio moral y religioso, aún al mundo civil, sobre la concepción individualista del derecho, los Papas Alejandro e Inocencio III pusieron en vigor las constituciones de Diocleciano y Maximiliano (39).

Se inicia entonces un período caracterizado por un enorme interés hacia el estudio del derecho romano y principalmente del de Justiniano. Recién introducida la reforma de los Papas Alejandro e Inocencio se burló la eficacia práctica de la rescisión por lesión, debido a que se autorizaron las renuncias previas a entablar dicha acción, y las declaraciones en virtud de las cuales el vendedor donaba al comprador la diferencia existente entre el precio percibido y el real. Pero un siglo después, la doctrina canónica, triunfante y avasalladora, no permitió la más mínima violación a sus principios, y prohibió estas renuncias y donaciones (40).

La Iglesia Católica contó en su seno con los más eminentes filósofos y juristas. Dio un especial impulso al estudio de la filosofía griega, y fundándose en el texto de Aristóteles que establecía la justicia a base de la igualdad en los cambios, llegó a proclamarla en tres distintos campos: la teoría del justo precio, del justo salario y de la prohibición del préstamo a interés.

La teoría del justo salario se sale del campo de nuestro trabajo. Es aquel que permite al obrero sobrio vivir normalmente con su familia según su estado y condiciones. La le-

---

(37) LOUIS-LUCAS: Lésion et Contrat, página 26.

(38) GARRIGUET: Ob. cit., pág. 23

(39) TROPLONG: De la Vente, t. II, página 280.

(40) MORIXE: Ob. cit., páginas 27 y 28.

sión no la considera. Sólo tomará en cuenta el salario corriente, el salario común al momento del contrato. El problema de si ese salario es o no justo es problema de otro orden. Nunca se podrá remediar por medio de esta institución.

20.—*La teoría llamada del justo precio fue estudiada por San Alberto el Grande y completada por Santo Tomás de Aquino. Proclama la igualdad de valores, igualdad que no se alcanza sino cuando, en cada uno de los contratantes, es equivalente la pena causada por la pérdida de lo que se da con la felicidad obtenida con lo que se recibe. Pero, como éste es un elemento personal indefinido, sujeto a infinitas variaciones, se recurre a la apreciación general de las personas con respecto a un mismo objeto, es decir, al precio de estimación común (communis estimatio).*

Este concepto del valor originó las leyes de tarificación, administrativas o corporativas que tanto abundaron en la Edad Media.

Mas, poco a poco, se llegó a considerar que otros elementos pueden intervenir en el justo precio. Y es así, como, con un exceso de sutileza, se distinguieron tres matices en su apreciación: summun, medium e infimum justum pretium. Lo que significó darle una mayor elasticidad a este rígido concepto (41).

21.—*Así como en el derecho público la doctrina canónica trajo como consecuencia la tarificación de los precios, ella introdujo, nuevamente, en el derecho privado la rescisión de los contratos por causa de lesión. Se modificó la concepción romana de los contratos, dando en ellos una mayor importancia al libre consentimiento. Del contrato de venta se la hace extensiva a todos los contratos de buena fe, incluyéndola aún en las transacciones y donaciones, mediante una serie de sutiles argumentaciones que no viene al caso analizar* (42).

Así, la lesión pasa a ser un nuevo vicio de consentimiento de aplicación general a todos los contratos, y ya no se la considera como un remedio de humanidad fundado en el mero arbitrio del magistrado.

Mas, a partir del siglo XVI las nuevas necesidades comerciales exigieron una modificación de estos principios. Se precisaba una mayor firmeza y seguridad en los contratos, firmeza y seguridad que sólo se lograría restringiendo la lesión a sus primitivos límites. Al tratar de la Epoca Moderna nos referiremos a esta nueva orientación.

22.—*La teoría de la prohibición del préstamo a interés se mantuvo en principio, y fue sancionada como delito toda violación a ella. Sin embargo, esta prohibición recaída únicamente sobre los cristianos, fue aprovechada por los judíos quienes "practicaron la usura con tanto más cinismo cuanto que no tuvieron ningún temor a la competencia y que no fueron jamás molestados por escrúpulos de conciencia." "El odio contra los judíos es tan general en Alemania, escribía Pierre de Froissard en* 1497, *que las personas más tranquilas pierden su control desde que la conversación versa sobre la usura. No me*

(41) Véase DEMONTES: Ob. cit. pág. 20; MORIXE: Ob. cit., pág. 31.

(42) DEMONTES: Ob. cit., pág. 23.

extrañaría si, de repente, estallara contra ellos una persecución sanguinaria en todos los países a la vez. Ya han sido expulsados de muchas ciudades" (43).

Veamos, pues, cómo los judíos se aprovecharon de esta prohibición para constituírse en los banqueros del mundo, condición que hasta hoy día conservan junto con su desmedrada reputación.

Sin embargo, es necesario consignar que a pesar de la vigencia de la prohibición del préstamo a interés se realizaban frecuentemente esta clase de operaciones aunque revestidas de formas diferentes al mutuo, y en especial como constitución de renta, anticresis o triple contrato (44).

Como decía un célebre predicador de aquella época: "La usura es un mal contagioso. Lo que pasa en nuestros días lo prueba bien; nadie enrojece de este mal, nadie lo teme; nadie, aún entre los cristianos, parece conocer su gravedad....." (45).

SECCION IV

LA LESION EN LA EPOCA MODERNA

23.—*El Renacimiento, movimiento general y múltiple, provoca en el mundo una honda transformación artística e intelectual. En las ciencias jurídicas, se vuelve al derecho romano. La lesión retorna a sus primitivos límites.*

En la península italiana y en España se aplica la misma disposición justiniana con ligeras modificaciones.

24.—*En Francia la extensión considerable que había tomado el principio de la lesión desaparece en el siglo XVI* (46).

Se restringe su aplicación y se limita su campo de acción. No es admitida cuando el acto se refiere a cosas muebles o reviste el carácter de aleatorio. Se tiende a considerarla como un vicio objetivo del contrato y no como un vicio del consentimiento.

En la materia de venta se exigía que el perjuicio excediera de la mitad del justo precio, en la época del contrato establecido por un informe de peritos. Se nos presenta aquí la misma cuestión que vimos al estudiar el derecho romano. ¿A quién se concede esta acción? ¿Al comprador y vendedor, o sólo a este último? Pothier la acuerda a ambas partes fundándose en el carácter conmutativo del contrato (47). *Sin embargo, a pesar de que existen opiniones contradictorias, lo más probable parece ser que esta acción se aplica sólo al vendedor lesionado.*

---

(43) Citas sacadas de GARRIGUET: Ob. cit., páginas 30 y 31.

(44) Sobre estas operaciones véase GARRIGUET: Ob. cit., páginas 34 y 35.

(45) Citado por GARRIGUET: Ob. cit., página 35.

(46) BAUDRY-LACANTINERIE: *De la Vente*, pág. 706, Nº 671.

(47) POTHIER. *Traité du Contrat de Vente*, t. II, pág. 175, Nº 373.

En la partición no estaba bien determinada la tasa de la lesión. Algunos la estiman en un tercio y otros en un cuarto. Entre estas cifras oscila la opinión de casi todos los tratadistas (48).

En Francia, fuera de estos dos casos, los contratos no eran susceptibles de ser rescindidos por lesión.

25.—*El descubrimiento de América y de las Indias Orientales originó una verdadera revolución en la industria y el comercio. Se inicia entonces aquella transformación económica que ha alcanzado en nuestros días su máximo desarrollo. Nacen las grandes sociedades capitalistas. Aparecen los préstamos destinados únicamente a la producción. Ante este cambio de circunstancias es lógico suponer que los principios que prohibían toda estipulación de intereses también cambiaran. En efecto, una fuerte corriente de opinión defendía la licitud de un interés moderado en los préstamos a la industria y al comercio. En cambio, se pedía la mantención de la prohibición en lo referente a préstamos de consumo, por estimárseles contrarios al sentimiento de humanidad.*

26.—*La Revolución francesa es uno de los acontecimientos que ha tenido mayor trascendencia social en la humanidad. A su influencia no ha podido escapar la institución que nos ocupa. Fruto de una concepción individualista divinizadora de la libertad humana, se comprende que no mire con buenos ojos la limitación de esa misma libertad.*

La nulidad por lesión, que no es otra cosa que la intervención del Poder Social, corrigiendo o anulando, si es necesario, el libre acuerdo de voluntades, no puede subsistir. El otro aspecto de la lesión, la tasa legal del interés del préstamo, tampoco puede admitirse. Significa otra importante limitación a la libertad absoluta del hombre.

La Asamblea Nacional, por un decreto de 12 de octubre de 1789, declara libre el interés convencional en un préstamo de comercio, y fija como tasa máxima el cinco por ciento en materia civil. El 11 de abril 1793, suprimió esta última limitación. Manifiestan este mismo criterio las leyes que decretaron la libertad de comercio e industria (12 *y* 17 *de marzo de* 1791), *abolieron las corporaciones y prohibieron las asociaciones profesionales.*

Es necesario reconocer que el campo ya estaba preparado por los economistas que hicieron sentir su influencia en el derecho. Turgot, en una célebre memoria, publicada en 1679, *establece que la animadversión general contra la usura obedece a las terribles medidas punitivas decretadas contra los deudores insolventes, y que, desaparecidas éstas, no hay motivo alguno que pueda aconsejar la prohibición del préstamo a interés. Posteriormente, Bentham y Voltaire se refuerzan con nuevos argumentos la tesis sostenida por Turgot* (49).

Algún tiempo después, agosto de 1795, *se declara abolida la lesión en las ventas por realizarse, y suspendida, provisionalmente, en cuanto a las ventas celebradas con anterioridad a*

(48) DEMONTES: Ob. cit., pág. 27.

(49) MORIXE: Ob. cit., páginas 35 y 36.

dicha ley. La verdadera razón de esta medida parece haber sido la inestabilidad monetaria, que hacía imposible todo cálculo sobre el justo precio de los inmuebles, y que hizo aumentar el número de estos juicios en una forma alarmante. Fue, pues, una ley nacida de las circunstancias. (50).

Lo anterior nos demuestra que para aplicar la lesión se necesita de un nuevo elemento: una relativa estabilidad en el valor de la moneda; o sea, la base necesaria para poder comparar el precio de venta con el precio justo.

Poco menos de dos años después, estabilizada ya la moneda, se restablece la lesión. Ello prueba cuán arraigada se hallaba en el pueblo francés. Una ley posterior, mayo de 1798, *establece los casos en que podía oponerse. Y finalmente, el* 21 *de mayo de* 1799, *se la hace extensiva a las particiones* (51).

(50) DEMOGUE: *Des Obligations en General*, t. I, pág. 610, Nº 393; BAUDRY-LACANTINERIE: *De la Vente et de l'Echange*, pág. 707, Nº 672; FENET: *Recueil Complet des Travaux Preparatoires du Code Civil*, t. XIV, pág. 46; RIPERT: *La Régle Morale dans les Obligations Civiles*, pág. 104; TROPLONG: *De la Vente*, t. II, pág. 284, Nº 786.

(51) TROPLONG: *De la Vente*, t. II, pág. 284, Nº 786.

SECCION V

LA LESION EN LA EPOCA CONTEMPORANEA; CONCLUSION

27.—*A principios del siglo XIX, comienza, en los países civilizados del mundo occidental, una éra de codificaciones. Su estudio lo haremos detenidamente, en el título siguiente, al tratar de la legislación comparada.*

28.—*Del examen que hemos hecho de los antecedentes históricos de la lesión podremos sacar algunas enseñanzas de provecho. Desde luego, nos permitirá explicarnos, fácilmente, la forma en que actualmente se la admite. Es necesario que su implantación recaiga sobre cosas que no sean objeto de un comercio muy desarrollado. Por eso su aplicación a los bienes muebles jamás prosperó.*

Una condición externa ha de acompañarla siempre. Ella es, que se trate de una época normal, tranquila, sin grandes trastornos en el valor de las monedas.

Hemos podido constatar, también, que el concepto de la lesión es admitido en toda su amplitud sólo en aquellas legislaciones que han adquirido un gran desarrollo y están basadas en un carácter moral o religioso.

(Continuará)

SALA DE CASACION CIVIL

DECLARACION DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril primero de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Los consortes Carlos Felipe García y Chiquinquirá Rey incoaron contra la sociedad colectiva Suárez & García juicio ordinario a fin de que se la condenase a pagarles diez mil pesos como indemnización de los perjuicios que sufrieron los demandantes por la muerte de su hijo legítimo Luis Alejandro García, acaecida el 28 de octubre de 1935 por electrocución de la planta de energía eléctrica que posee y explota la compañía demandada en la ciudad de Piedecuesta.

La primera instancia cursó en el Juzgado de ese Circuito, quien la falló condenando a esa sociedad a pagar a los actores por la causa dicha una indemnización determinable en actuación ulterior. Por apelación de ambas partes hubo lugar a segunda instancia, ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, quien la decidió en fallo de 23 de mayo de 1939, confirmatorio de la condena a indemnizar, así como de la que en costas había hecho el Juzgado. También condenó el Tribunal a la parte demandada en las de la segunda instancia. Y fijó en $ 1.616 la suma pagadera por la indemnización de perjuicios.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el representante de la sociedad prenombrada, recurso que el Tribunal le concedió, por lo cual el expediente llegó a la Corte el 28 de noviembre último.

Y acontece que, como lo informa la Secretaría de esta superioridad, sin papel sellado para dar curso a la tramitación respectiva llegó aquí el proceso y sin que se le suministrara transcurrieron más de los sesenta días hábiles de que habla el artículo 353 del C. J., por lo cual, de conformidad con el inciso 1º de esta disposición *in fine*, debe declararse de oficio ejecutoriada la sentencia objeto del 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, declara ejecutoriada la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha veintitrés de mayo de mil novecientos treinta y nueve.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Hermán Salamanca—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

COBRO DE UN CREDITO HIPOTECARIO.—FRUTOS CIVILES.—INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR MORA

1.—De conformidad con el artículo 718 del C. C., los frutos civiles pertenecen al dueño de la cosa que los produce; y si se trata de una obligación de pagar una cantidad de dinero, los intereses devengados pertenecen al acreedor o a sus herederos, cesionarios o causahabientes. 2.—El artículo 1617 del C. C. consagra un estatuto especialísimo para la indemnización de perjuicios por la mora. Al efecto, la indemnización en esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos, que pueden concretarse así: a) Sólo procede la indemnización moratoria, nunca la compensatoria, porque debiéndose dinero los daños por la inejecución no pueden pagarse como compensatorios; b) No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios, porque la ley los presume, y basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse, ya que la ley supone que todo capital gana intereses y que el sólo hecho de que el acreedor no los recibiera oportunamente le ha privado de realizar inversiones lucrativas; c) El avalúo de perjuicios no está sometido al criterio del juez, porque de antemano lo ha hecho la ley con toda precisión y existe un avalúo anticipado, de origen legal; y d) El pago de intereses constituye, por regla general, la única indemnización, salvo que se evidencien plenamente en los autos otros perjuicios distintos. 3.—El retardo del acreedor en cobrar la obligación no puede considerarse como un acto doloso, lesivo y perjudicial para el deudor. Es claro que el deber primordial del deudor es cumplir fielmente sus prestaciones, sin que pueda alegar buena fe en su incumplimiento, ni aprovechar el descuido o benevolencia del acreedor para hacer nacer un derecho prevalente a su favor. La omisión del acreedor no puede ocasionar otro efecto jurídico que el de hacer prescribir su acción, como justa sanción a su negligencia. Si el acreedor se abstuvo por muchos años de cobrar la deuda, de ahí no puede deducirse que precisamente ello fuera con la intención de perjudicar a terceros de buena fe, ajenos del contrato; ni los sucesivos adquirentes del inmueble hipotecado pueden considerarse como terceros que de buena fe ignoran la existencia del gravamen que pesa sobre una finca, porque la naturaleza solemne del contrato que da origen a la obligación elimina el factor de la ignorancia. 4.—Para que pueda estimarse que un acreedor abusa de su derecho es necesario evidenciar la intención de dañar, *ánimus nocendi*, o por lo menos pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado, según el decir de Colin y Capitant. 5.—La ausencia de un juicio de los anteriores vendedores de una finca hipotecada no puede producir la nulidad de lo actuado, porque la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido (art. 2452 del C. C.); el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario (art. 2440 del C. C.); y el acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos

derechos que el acreedor prendario sobre la prenda (art. 2448 ibídem).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, abril cuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1.—Por medio de la escritura número 978, de 20 de septiembre de 1917, Notaría Cuarta de este Circuito, Luis Alberto Pachón se constituyó deudor de Luis M. Segura por la suma de seiscientos pesos oro inglés amonedado, con plazo de un año e intereses al dos por ciento mensual durante el plazo, y tres por ciento en caso de demora. Para garantizar el cumplimiento de su obligación constituyó hipoteca en tercer grado sobre una casa baja de tapia y teja, con una tienda y solar, ubicada en el barrio de Egipto de esta ciudad, en la cuadra primera de la calle diez, marcada la casa con el número 25 y la tienda con los números 27 y 29, dentro de los linderos que en dicho instrumento se determinan.

2.—La escritura en mención no ha sido cancelada ni se ha pagado la cantidad debida, a pesar de haberse vencido el plazo y transcurrido varios años sin que se haya efectuado el pago.

3.—La finca materia de esta hipoteca ha sido objeto de varios traspasos, a saber: Luis Alberto Pachón la vendió a Domingo Romero, por escritura número 975 de 1918, Notaría Tercera; Domingo Romero la vendió a Julio César Beltrán, por escritura número 342 de 1922, Notaría Quinta; Julio César Beltrán la vendió a Alfonso Pinilla, Belarmino Pinilla Correal, Belarmino Pinilla, Hernando y Juan de Jesús Pinilla; en el juicio de sucesión de Belarmino Pinilla se adjudicó la parte de éste a sus hijos, y por medio de la escritura número 2123, de septiembre 9 de 1933, Notaría Segunda, Juan de Jesús Pinilla compró a sus hermanos las partes que tenían en dicha casa, quedando como único dueño de ésta.

4.—Fallecido el acreedor Luis María Segura, se protocolizó la diligencia de inventarios adicionales al juicio de sucesión de éste, por medio de la escritura número 2313, de 26 de diciembre de 1934, Notaría Primera de esta ciudad, y con base en dicha diligencia de inventarios adicionales se otorgaron las hijuelas a favor de Matilde Segura de Manrique, Alfredo J. Segura y Abel María Segura, en las cuales se les adjudicó, por partes iguales, el crédito hipotecario mencionado.

Juicio ordinario

En libelo fechado el primero de marzo de 1935 Abel M. Segura, Alfredo Segura y Matilde Segura de Manrique instauraron ante el Juez Quinto Civil de este Circuito demanda ordinaria contra el señor Juan de Jesús Pinilla, suplicando se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que en su carácter de poseedor inscrito de la finca antes relacionada debe pagarles la cantidad adeudada y los intereses desde el otorgamiento de la escritura, a la rata estipulada; b) Que dicha finca está afectada al pago de una hipoteca a favor de Luis María Segura y hoy de los actores, como sus representantes y herederos; c) Que la mencionada finca debe pagar el capital, intereses y costas en el término de seis días después de ejecutoriada la sentencia; y d) Que con el producto del valor de la casa se les pague el capital, los intereses y las costas.

El demandado Juan de Jesús Pinilla, como último poseedor inscrito de la finca, contestó la demanda en escrito que en lo pertinente dice: "En cuanto lo que se demanda, también fue cancelada la deuda por la señora Dominga Romero, como se acredita con los correspondientes recibos y testimonios en la oportunidad debida. No de otro modo se explica que en tanto tiempo transcurrido el acreedor, que era muy buen cobrador, no hubiera exigido el

pago ni siquiera de intereses, dejando prescribir la acción ejecutiva".

El Juez de instancia falló el litigio en sentencia fechada el 16 de septiembre de 1935, haciendo las declaraciones solicitadas y condenando a Pinilla a pagar la suma adeudada. Igualmente declaró que la finca mencionada está sujeta al pago de la hipoteca y que con el producto o valor de dicho bien raíz debe pagarse a los demandantes el valor del capital e intereses, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria.

Funda el juez a quo tal decisión condenatoria en que aparece demostrada, por una parte, la personería sustantiva de los actores; y de otra, en que del certificado agregado a los autos aparece que el crédito hipotecario otorgado por Pachón a Segura no ha sido cancelado, y la casa gravada con la hipoteca es hoy de propiedad del demandado Juan de Jesús Pinilla, quien, en consecuencia, es poseedor inscrito de ella. Sostiene el Juez que como no se ha demostrado en forma alguna que tal crédito haya sido pagado en todo o en parte, ni que los intereses devengados hayan sido abonados al acreedor o a sus sucesores, debe considerarse vigente el crédito y que el derecho de los demandantes para ejercer esta acción se lo reconoce el art. 2452 del C. C.

La sentencia acusada

La sentencia acusada en casación fue pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de marzo de 1939, en virtud de apelación interpuesta por el opositor Pinilla. En ella confirma en todas sus partes la sentencia de primer grado, dejando en pie, por lo tanto, todas sus declaraciones condenatorias.

Funda el Tribunal su providencia en que se hallan comprobados los siguientes hechos: a) Que Luis Alberto Pachón se reconoció deudor de Luis María segura, como lo reza la escritura número 978 de 1917; b) Que comprobada la muerte del acreedor Segura, con base en los inventarios adicionales se adjudicó el crédito hipotecario, por partes iguales, a los actores Abel M. Segura, Alfredo J. Segura y Matilde Segura de Manrique, según reza la escritura número 2313 de 1934; y c) Que los actores acompañaron con el libelo el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados en que aparece que el crédito hipotecario se halla vigente y que la finca gravada aparece como de propiedad del demandado Juan de Jesús Pinilla, quien figura como poseedor inscrito.

La sentencia del Tribunal desestimó la excepción de pago propuesta por el opositor y que éste fundaba en el documento o recibo que aparecía como otorgado por Segura el 18 de noviembre de 1921, y firmado por los testigos Santiago Vargas A. y Adolfo Puerto F., recibo con el cual se pretendió acreditar el pago del crédito hipotecario que ha originado este pleito. Funda el Tribunal tal desestimación, en que los demandantes propusieron la tacha de falsedad de dicho recibo, y en el término probatorio del incidente se presentaron y tuvieron como pruebas varios documentos, y en el experticio rendido por peritos grafólogos "se demuestra claramente la existencia de una falsedad material en el aludido recibo, circunstancia que es suficiente para declarar probada la tacha y ordenar que en el fallo definitivo se desestime ese recibo como prueba, como lo hizo la providencia suplicada y lo dispone el art. 649 del C. J.".

Recurso de casación

Interpuesto el recurso de casación por el demandado, acusa la sentencia del Tribunal por las causales consagradas en los numerales primero y sexto del art. 520 del C. J. Considera el recurrente que las sentencias pronunciadas en este juicio han sido violatorias de la ley, dado que contienen una serie de apreciaciones sobre los hechos de la demanda y las pruebas que han sido materia del debate, constitutivos de manifiestos errores de hecho y de derecho, que exigen la reparación del

agravio inferido a la parte que representa.

Siguiendo el orden adoptado por el recurrente se pasa a exponer, con la debida separación, los distintos motivos de tacha alegados.

CAPITULO PRIMERO

Primera Causal.—Violación directa de los arts. 718, 752, 1615, 1616, 1625, 2457, 2637 del C. C., por los motivos que pasan a analizarse.

Primer cargo.—Afirma el recurrente que se presentó por el demandado un recibo suscrito por el acreedor, en el que se hace constar que se pagó la cantidad de mil pesos oro inglés, para cancelar los dos créditos hipotecarios que figuran en las escrituras 978 y 513 de 1917. Tal recibo no fue tenido en cuenta por el Tribunal, por haber sido calificado erróneamente de falso, fundado para esto el Tribunal en la errada apreciación que hizo del concepto pericial exhibido en el juicio.

La Corte considera:

Apenas se exhibió el recibo mencionado la parte actora lo tachó de falso en su contenido, dejando a la parte que lo presentó la carga de demostrar su autenticidad (Art. 645 del C. J.). En el incidente de tacha se pidió y decretó la prueba pericial grafológica, amén del reconocimiento del documento por parte de los dos testigos que aparecen firmándolo. Los dos testigos se limitan a reconocer como auténticas sus firmas, pero se abstienen de expresar su conformidad con el contenido del recibo y la consiguiente solución de las dos deudas, ni tampoco manifiestan que la firma de Segura hubiera sido puesta por este acreedor en presencia de ellos. El dictamen grafológico llega a la conclusión de que la firma estampada en el recibo no fue puesta por Segura, luégo de compararla con varias auténticas de este señor y de hacer numerosas consideraciones de carácter científico que sirven de fundamento al experticio.

De conformidad con el art. 722 del C. J., hace plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y a lo que expongan sobre su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos. De manera tal que los dictámenes uniformes de los expertos calígrafos, referentes a hechos sujetos a sus sentidos, y las conclusiones precisas a que llegaron como consecuencia del estudio de las diferentes firmas del acreedor, dándole aplicación a los conocimientos de su arte, constituyen plena prueba de la tacha de falsedad de tal recibo, que vino a ser reconocida por el Tribunal en su providencia de 10 de marzo de 1937.

No se halla demostrado en forma alguna que el Tribunal incurriera en error de hecho en la apreciación de la prueba pericial grafológica, ni menos que tal error se pusiera de manifiesto en los autos. Antes bien, aparece que hizo una estimación legal y correcta de tal elemento probatorio, ajustándose a las reglas de la sana crítica, dentro de la libertad que nuestras normas procesales otorgan al juzgador para hacer la estimación de los elementos probatorios traídos al proceso. No hay violación directa de los arts. 1625 y 2457 del C. C., que con la desestimación de la única prueba de solución del crédito no podía tener aplicación en el litigio, y es de rigor rechazar este motivo por inoperante.

Segundo cargo.—Lo hace consistir en que la sentencia le dió al art. 2637 del C. C. un alcance que no tiene, pues el registro de instrumentos debe producir, entre otros efectos, el de servir de medio de tradición y el de darle publicidad a los actos y contratos solemnes, pero en ningún caso el de crear obligaciones ya extinguidas o declararlas vigentes, cuando hay otros medios de prueba que acreditan su cancelación.

Se observa por la Corte que esta tacha carece de fundamento, porque la sentencia acusada no ha querido ni pretendido darle al registro el valor y los efectos que apunta el recurrente. Se limita la sentencia a aceptar que el certificado del Regis-

trador de instrumentos públicos y privados acompañado al libelo evidencia la vigencia del crédito hipotecario contenido en la escritura número 978 de 1917, materia de este pleito; y que el demandado Pinilla es el actual propietario del bien raíz hipotecado, porque figura como poseedor inscrito de la finca. Pero en manera alguna deduce la consecuencia imputada de que por la sola virtud de tal certificación se haya creado una obligación. No expresa tampoco el recurrente cuáles son esos otros medios que, a su decir, demuestran suficientemente la cancelación del crédito, pues sólo ha exhibido en los autos, como medio demostrativo de tal cancelación, el recibo tachado de falso; y ya se ha visto que ese documento ha dejado de tener operancia en el juicio, por esa circunstancia.

Se rechaza este cargo, que no viene justificado en el proceso.

Tercer cargo.—Alega que los arts. 718, 752, 1615 y 1616 del C. C. también fueron violados directamente por el Tribunal, cuando considera que los herederos de Segura tienen derecho a cobrar una deuda que no existe y de cobrar perjuicios por concepto de intereses que no se han acreditado legalmente. Estima que en este caso no es aplicable el simple hecho del retardo para cobrar intereses, porque este retardo, dadas las condiciones de la deuda, no le es imputable al deudor. Agrega que los frutos pertenecen al dueño con las limitaciones establecidas en el art. 716 del C. C., que estatuye la excepción para el poseedor de buena fe.

La Corte considera:

En los autos está acreditado debidamente que los actores son los actuales dueños del crédito reclamado, como herederos del antiguo acreedor Segura. Así consta en las hijuelas otorgadas por medio de la escritura número 2313 de 1924, cuya copia auténtica figura en el proceso, en forma tal que éstos sí han acreditado legalmente que están investidos del derecho accionado. No ha incurrido por lo tanto, el Tribunal en error de hecho o de derecho en la apreciación de esos elementos probatorios.

En cuanto al segundo argumento del recurrente, observa la Corte que de conformidad con el art. 718 del C. C., los frutos civiles pertenecen al dueño de la cosa que los produce; y si se trata de una obligación de pagar una cantidad de dinero, los intereses devengados pertenecen al acreedor o a sus herederos, cesionarios o causahabientes.

De ahí proviene que en el caso controvertido sí es aplicable el art. 1617 del C. C., que precisamente consagra un estatuto especialísimo para la indemnización de perjuicios por la mora. Al efecto, la indemnización en esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos, que pueden concretarse así: a) Sólo procede la indemnización moratoria, nunca la compensatoria, porque debiéndose dinero los daños por la inejecución no pueden pagarse como compensatorios; b) No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios, porque la ley los presume, y basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse, ya que la ley supone que todo capital gana intereses y que el solo hecho de que el acreedor no los recibiera oportunamente le ha privado de realizar inversiones lucrativas; c) El avalúo de perjuicios no está sometido al criterio del juez, porque de antemano lo ha hecho la ley con toda precisión y existe un avalúo anticipado, de origen legal; y d) El pago de intereses constituye, por regla general, la única indemnización, salvo que se evidencien plenamente en los autos otros perjuicios distintos.

Los anteriores razonamientos sirven de fundamento para rechazar este cargo.

CAPITULO SEGUNDO

Violación directa de los artículos 1757, 1758 y 2452 del C. C.

Así razona el recurrente: La hipoteca da al acreedor derecho para perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, pero para saber quién es ese po-

seedor, es indispensable traer al proceso la prueba auténtica, es decir, el instrumento público auténtico, autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Como en el caso que se estudia solamente existe la copia de un certificado del registrador, que no tiene las calidades de instrumento público auténtico, por no estar expedido con las formalidades legales, el Tribunal ha violado los preceptos mencionados, al reconocer como poseedor inscrito al demandado, porque le ha dado el valor de prueba suficiente a un documento que no reúne las calidades necesarias, ya que la copia del certificado no aparece autorizada por ningún funcionario y no debe ser tenida en cuenta por esa circunstancia.

Observa la Corte que al iniciarse la demanda se acompañó un certificado del registrador de instrumentos en que constaba que el último poseedor inscrito de la finca hipotecada era el demandado Pinilla. Lo que ocurre es que, con las formalidades legales y la aquiescencia de la parte recurrente, se ordenó el desglose de tal certificado en auto de 15 de febrero de 1937, y por una omisión o descuido del Secretario del Tribunal no se firmó la copia agregada al juicio. Esa mera informalidad no le resta mérito probatorio al documento tachado, ni la irregularidad puede perjudicar a la parte actora, para restarle valor demostrativo a la prueba documental exhibida.

Por lo demás la parte recurrente demandada aceptó en su totalidad los hechos 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del libelo, en que se relacionan las numerosas y sucesivas tradiciones del inmueble hipotecado, sin que haya negado en las instancias la circunstancia de ser efectivamente el poseedor inscrito de la finca perseguida en juicio. De manera que venir a alegarla en casación constituiría un medio nuevo, no controvertido en las instancias, inaceptable por tal razón en esta clase de recursos.

CAPITULO TERCERO

Estima el recurrente que, además de los preceptos legales mencionados, también han sido violados por aplicación indebida o interpretación errónea los artículos 1494, 1603 y 1604 del C. C., y concreta de esta manera los motivos de su acusación:

Primer cargo.—Para declarar la existencia de una obligación hipotecaria y el derecho de cobrarla del demandado, como poseedor inscrito, no basta tener la copia de la escritura, sino que es necesario que esa copia no adolezca de vicios, y que haya la constancia o certificación del registrador sobre la vigencia de la inscripción hipotecaria y su falta de cancelación. El Tribunal violó tales normas por interpretación errónea al considerar que existe ese derecho.

Segundo cargo. — El ejercicio de una acción proveniente de un contrato está sometido al concurso real de voluntades (artículo 1494); a la buena fe de que trata el artículo 1603 y a la responsabilidad limitada por parte del deudor.

La acción de los actores se encuentra distanciada de los textos legales que acaban de mencionarse y el Tribunal les ha dado una interpretación errónea al aplicarlos.

El acreedor hipotecario que permanece inactivo por muchos años, hasta su muerte, sin avisarle siquiera por medio de una simple carta de cobro, no puede considerarse como el titular de un derecho social trasmisible a sus herederos, sin descontarle al menos la responsabilidad de esa negligencia, según la regla consignada en el artículo 2357 del C. C. Esta omisión, que se traduce en una manifestación intencional de perjudicar a terceras personas de buena fe, ajenas al contrato, se acomoda a la teoría del abuso de los derechos, que descansa en la hipótesis de la intención de perjudicar y que ha sido sostenida por la Corte en numerosas sentencias.

Tercer cargo. — Al presentar esta tacha reproduce el recurrente algunos argumentos antes expuestos y vuelve a insistir en que se consideran los intereses de una suma de dinero como los frutos civiles, los cuales, según el artículo 718 del C. C., pertenecen al dueño; y respecto de frutos naturales dice el artículo 716, ibídem, que pertenecen al dueño sin perjuicio de los derechos constituídos por las leyes o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe. Bien claro establecen tales preceptos que esos frutos o intereses tienen una excepción en favor de los derechos constituídos por un hecho del hombre a favor del poseedor de buena fe; lo que quiere decir que, en el caso presente, un hecho del acreedor consistente en haber guardado silencio por muchos años, viene a constituír un derecho a favor de terceros, a quienes no es justo exigirles el pago de intereses.

Para rechazar los tres cargos antes expuestos la Corte considera:

Los actores han exhibido la prueba documental suficiente para acreditar tanto la existencia de la deuda hipotecaria como su actual vigencia y la condición de actuales propietarios del crédito reclamado, como herederos del primitivo acreedor. Tales documentos consisten en las escrituras números 978 de 1917 y 2313 de 1934, y el certificado del registrador de instrumentos acompañado al libelo y que fue desglosado con conocimiento y aceptación de la parte recurrente. En tales piezas constaba debidamente la existencia de la deuda y la vigencia del gravamen que pesaba sobre el inmueble perseguido. Se repite que la omisión de una formalidad imputable al Secretario del Tribunal no le resta valor probatorio a la copia agregada al proceso, y en ese certificado consta la inscripción de la hipoteca y la condición de poseedor inscrito del demandado.

Ahora bien, si el demandado pretende que tal deuda hipotecaria no está vigente, por haber sido cancelada o solucionada, como se trata de un medio defensivo que extingue la obligación, si alguna vez existió, ha debido alegarlo como excepción, a fin de enervar la acción del demandante, presentando la prueba pertinente del hecho alegado, ya que en tal caso la carga de la prueba recae sobre quien alegue la excepción, reo excipiendo fit actor. Así no lo hizo en las instancias y es inconducente exigir en casación que sea el actor quien tome a su cargo el deber de demostrar un medio de defensa que favorece exclusivamente al demandado.

En cuanto al segundo cargo, tampoco acepta la Corte que el retardo del acreedor en cobrar la obligación pueda considerarse como un acto doloso, lesivo y perjudicial para el deudor. Es claro que el deber primordial del deudor es cumplir fielmente sus prestaciones, sin que pueda alegar buena fe en su incumplimiento, ni aprovechar el descuido o benevolencia del acreedor para hacer nacer un derecho prevalente a su favor. La omisión del acreedor no puede ocasionar otro efecto jurídico que el de hacer prescribir su acción, como justa sanción a su negligencia.

Si el acreedor se abstuvo por muchos años de cobrar la deuda, de ahí no puede deducirse que precisamente ello fuera con la intención de perjudicar a terceros de buena fe, ajenos al contrato; ni los sucesivos adquirentes del inmueble hipotecado venían a ser, en ese caso, terceros que de buena fe ignoraban la existencia del gravamen que pesaba sobre la finca adquirida, porque la naturaleza solemne del contrato que dio origen a la obligación y los medios de publicidad que se tuvieron, en virtud de la inscripción de los sucesivos títulos trasmisibles del dominio, eliminan este factor de la ignorancia en que aspira el recurrente a basamentar el motivo de tacha alegado en casación.

Tampoco halla la Corte que pueda tener aplicación al caso de autos la teoría del abuso de los derechos, ya sistematizada y generalizada en su aplicación por nuestra jurisprudencia, como una reacción necesaria contra la antigua concepción absoluta de los derechos individuales. Al efec-

to, para que el acreedor hubiera abusado de su derecho, sería necesario haber demostrado que le imprimió una falsa dirección o que por lo menos cometió una falta manifiesta en su ejercicio. Así interpretado como una especie particular de la culpa Aquiliana, era de rigor haber evidenciado que el acreedor, como supuesto autor del daño causado al deudor, tuvo la intención de dañar, **animus nocendi**, o que por lo menos pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado, según el decir de Colin y Capitant.

Pero la verdad es que ningún fundamento tiene el cargo que se hace a la parte acreedora de haber procedido con ánimo de ocasionar daño al deudor o con manifiesta falta de precaución en el ejercicio de su derecho. Se repite que la omisión en el cobro de la deuda no constituye, por sí sola, acto dañoso o falta constitutiva de abuso. La única sanción que podía acarrear tal descuido la padeció el acreedor con la prescripción de la acción sumaria y especial sobre venta de bien hipotecado, que le reconoce y otorga nuestro derecho procesal, obligándolo a ejercerla por una vía más dispendiosa y costosa. Pero es evidente que, conocedores los sucesivos poseedores de la finca gravada de la existencia de tal gravamen, por los medios de publicidad que les ofrece el registro, bien pudieron proceder a su cancelación por los medios legales, si querían evitarse los perjuicios originarios del proceso y de la acumulación de intereses.

Esas mismas consideraciones sirven para desestimar el tercer cargo, ya que los frutos de la cosa pertenecen al dueño, sin que en este caso la ley o el hecho del hombre hayan constituído derecho alguno que modifique esa situación jurídica. No se alcanza a ver el fundamento de esa reducción en el sentido que la alega el recurrente, porque tal reducción únicamente la consagra el artículo 2357 del C. C. para los casos de compensación de culpas en las relaciones extracontractuales.

Se rechazan los tres cargos por inoperantes.

CAPITULO CUARTO

En este capítulo ataca el recurrente la sentencia por apreciación errónea de algunas pruebas traídas a los autos. Señala como primer motivo de esta tacha el haber apreciado el Tribunal como pruebas las copias de las hijuelas expedidas a favor de los actores, siendo así que tales copias contienen la alteración de la última cifra del número de la escritura en la cual Pachón constituyó la garantía hipotecaria; y concluye que aun cuando esta alteración no constituye delito o no le dé el carácter de falso al documento presentado, la ley no hace distinción alguna, pues simplemente prohibe tener como prueba un documento alterado.

En el segundo motivo ataca el recurrente el experticio de los peritos grafólogos que examinaron el recibo de pago presentado por él y sostiene que, tanto los peritos como el Tribunal, incurrieron en manifiesto error al desconocer el valor del recibo como prueba auténtica del pago.

A estos dos ataques contra las mencionadas pruebas la Corte observa:

A) El hecho consistente en la variación de la última cifra del número de la escritura citada en las hijuelas, reconoce el mismo recurrente que no constituye delito ni acto ilícito, sino que se debe a un error de copia de fácil ocurrencia en estos casos, que no viene a modificar en el fondo la situación reconocida en el proceso, respecto de las obligaciones contraídas recíprocamente por las partes litigantes. Viene a ser en realidad de verdad un hecho indiferente, que no podía hacer variar la decisión del juzgador, con tanto mayor razón cuanto que en autos obra esa misma escritura, en la cual Pachón se constituyó deudor de Segura y aseguró su obligación con la garantía hipotecaria que se persigue en este juicio. Fuera de lo ex-

puesto, es pertinente recordar que el artículo 652 del C. J. dispone que los instrumentos alterados en parte sustancial de su contenido no deben estimarse como pruebas; de manera que, a contrario sensu, hay que concluír que cuando el documento aparezca alterado en parte no esencial sino secundaria y que no habrá de influír en los resultados del proceso, puede el juzgador apreciarlos en todo el valor demostrativo que le reconozca la ley.

B) El dictamen pericial rendido por los peritos calígrafos contiene una extensa parte expositiva, donde explican y fundamentan sus conclusiones, de conformidad con los principios de la ciencia que profesan. Esos experticios no adolecen de defectos ni de vicio alguno, y mal pudo el Tribunal incurrir en error en su apreciación, con tanto mayor razón cuanto que éste tiene libertad en la justipreciación de tales elementos probatorios, a los que puede darles el valor demostrativo que considere conveniente, dentro de las reglas generales de la sana crítica. Sólo en el caso de que en esta apreciación hubiera incurrido el Tribunal en claro y manifiesto error de hecho o de derecho podía la Corte, en casación, rectificar ese error y quebrar la sentencia que tuviera tal elemento probatorio como único soporte de su fallo; y éste no es el caso que se contempla, pues los dictámenes grafológicos contienen una extensa motivación para sustentar sus conclusiones y no les fue otorgado un valor demostrativo distinto del que la ley les reconoce.

Sirven de fundamento las anteriores razones para desestimar las dos tachas estudiadas.

CAPITULO QUINTO

En este capítulo sostiene el recurrente que el proceso está viciado de nulidad por no haberse citado al juicio a algunas de las personas que en él debían intervenir, y señala como violado el artículo 444 del C. J. (sic). Agrega que el juez de primer grado no quiso dar aplicación al artículo 235 del C. J., que reconoce el derecho para el demandado de denunciar el pleito a los vendedores del bien, con base en los artículos 1895 y 1899 del C. C., que dispone la citación del vendedor para que comparezca a la defensa de la cosa vendida.

Observa la Corte que la parte ahora recurrente, al contestar la demanda, quiso denunciar el pleito a Alfonso, Belarmino y Hernando Pinilla, pretensión que le fue rechazada por el juez de instancia en providencia del 12 de abril de 1935, fundándose en que para que tal denuncia fuera viable es indispensable que el litigio verse sobre acciones reales de dominio o posesorias, y éstas no eran las instauradas en este juicio. Ningún recurso se opuso por el recurrente a esta determinación judicial, la que quedó en firme y que, por otra parte, no podía ser motivo de casación por su carácter adjetivo.

Además de lo dicho conviene hacer presente que la ausencia de los anteriores vendedores no puede producir en este proceso nulidad de lo actuado, porque la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido (artículo 2452 del C. C.); el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario (artículo 2440 del C. C.); y el acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda (artículo 2448, ibídem). Quiere esto decir que el demandado estaba investido de suficiente personería sustantiva, como poseedor inscrito de la finca gravada, y no existe causal de nulidad de la actuación, por este aspecto en que funda el recurrente su causal de tacha en casación.

No se han violado los preceptos citados, y se rechaza por tanto este último cargo.

FALLO

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el día veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y nueve, que ha sido materia de este recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO — ORDEN PUBLICO ECONOMICO. COMISION DE CONTROL Y OPERACIONES DE CAMBIO — CONTROL LEGAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR — PROHIBICION DEL LIBRE COMERCIO DE ORO — PRINCIPIO DE COMPENSACION

1.—La libre facultad de contratación que en otro tiempo privó, ha cedido el campo a la intervención estatal en beneficio de los intereses generales. La autonomía de la voluntad ha sufrido una restricción impuesta por circunstancias atañederas a la defensa económica de los países.—2. El orden público económico exige la aplicación de ciertas normas de origen general que primando sobre el interés individual contemplan la seguridad y beneficio económico de la sociedad y de las naciones. En ejercicio de ese principio el legislador colombiano ha dictado varias leyes como la 99 de 1931 sobre restricción de las importaciones y otros puntos y el Decreto número 1683 de 1931 que creó el organismo denominado Comisión de Control y Operaciones de Cambio. 3.—El libre comercio de oro fue prohibido y se dispuso por el Decreto número 1723 de 1931 que los bancos tienen obligación de depositar en el Banco de la República las reservas metálicas de todo orden que tengan en sus cajas. En armonía con ese Decreto está el 2092 de 1931 y el Acuerdo número 16 de 4 de noviembre de 1931. — 4.—El control legal en materia de comercio exterior y de operaciones de cambio rige en Colombia y va encaminado a mantener la balanza del comercio y la estabilidad de la moneda colombiana. Por eso está establecida la compensación o sea la nivelación entre los saldos créditos del país con los saldos débitos de otros países y viceversa. De ahí que según el régimen legal imperante no se puedan hacer importaciones de otros países a Colombia sino en la medida en que éstos compren los frutos colombianos, salvo algunas estipulaciones especiales como las contenidas en el tratado con los Estados Unidos, y de ahí también que la provisión de divisas extranjeras en Colombia no pueda hacerse sino por conducto del Banco de la República y en la medida en que esas divisas igualen a las compras que a Colombia hayan hecho los respectivos países. En esta materia se ha ido hasta adoptar el principio de compensación consistente en que se ha convenido en una moneda especial, para ciertos países, mediante la cual se pagan a éstos los saldos débitos, por importación de mercancías, para cancelar los saldos créditos que por exportación de mercancías debe Colombia a esos países. Para algunos de esos países rige el Decreto número 2803 del 11 de noviembre de 1936, publicado en el Diario Oficial número 23.371. — 5.—La libertad contractual en el comercio de importación y exportación y de cambios internacionales está restringida y limitada, por altos principios de orden público económico anexos al desarrollo comercial del país, al equilibrio de la balanza de comercio y a la estabilidad de la moneda colombiana, con el fin, entre otros, de evitar su desvalorización. En la aplicación de las

leyes, decretos y reglamentos sobre control de cambio, se debe tener en cuenta el origen de la mercancía importada y atenerse, cuando sea el caso, a los pactos que sobre el particular haya celebrado el país. Es el principio de compensación y su desarrollo lo que rige en forma de normas positivas, en el comercio de importación, exportación y cambios internacionales. Si el principio de la libre estipulación consignado en el artículo 9º de la Ley 35 de 1907 rige en toda su extensión, para los negocios celebrados dentro del territorio de la República y que deben ejecutarse en ésta, no rige en la misma forma para los negocios de importación y exportación, los cuales están sometidos en cuanto a modo y forma de hacer el pago a las reglas sobre control de cambio internacional.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, abril cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

El doctor Marco T. Mendoza Amarís en su carácter de apoderado de la Curaçao Trading Company, sociedad comercial anónima domiciliada en Amsterdam, con oficina en Barranquilla, demandó, por la vía ordinaria al señor Elías M. Muvdi, para que se le ordenara pagar a su representada, el valor de cuatro facturas de mercancías recibidas por Muvdi, constante en las letras de cambio números 423, 424, 438 y 460 que montan la cantidad de once mil quinientos ocho dólares con ochenta y nueve centavos (11, 508.89) de los Estados Unidos de América, con deducción de los descuentos que le fueron concedidos confidencialmente, que ascienden a la suma de quinientos ochenta y dos dólares con setenta y seis centavos (582.76), más los intereses de mora y las costas del juicio.

En autos están acreditados estos hechos, admitidos por ambas partes: que entre la Curacao Trading Company de Amsterdam, con oficinas en Barranquilla, y Elías Muvdi, se celebró un contrato por el cual la primera vendió al segundo varios lotes de mercancías de procedencia alemana; que las mercancías fueron despachadas en oportunidad por la casa exportadora, y que el importador Muvdi las recibió a su satisfacción.

Las facturas vinieron amparadas por cuatro letras de cambio que suman la cantidad antes dicha de 11,508.89 dólares.

El litigio versa sobre este punto: La sociedad demandante le exige al demandado dicha suma en dólares convertibles en moneda colombiana al tipo del cambio el día del pago. El demandado acepta que adeuda esa cantidad, pero dice que el pago debe verificarse no en dólares, sino en marcos aski o de compensación, al tipo del cambio al día del pago. En otros términos: es sobre la especie de moneda en que debe verificarse el pago, dólares, o marcos aski, sobre lo que se disputa en este pleito.

El Juez de primera instancia, 3º del Circuito de Barranquilla, falló acogiendo la tesis del demandado. Sentencia de 15 de septiembre de 1936.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, acogió la tesis de la parte demandante, en sentencia de 7 de noviembre de 1938.

El demandado Muvdi interpuso recurso de casación, el que pasa hoy a decidirse.

Antes de entrar en el estudio del asunto, la Corte hace estas consideraciones previas:

La crisis económica y fiscal, efecto de la post-guerra, y que tuvo caracteres mundiales, llevó a todos los países a adoptar ciertas medidas restrictivas y de carácter intervencionista, con el fin de defender su economía.

La libre facultad de contratación, sin restricciones de ninguna especie, cedió el campo a la intervención estatal en beneficio de los intereses generales. La autonomía de la voluntad, en ciertos campos

de la actividad humana, ha sufrido una restricción, impuesta por circunstancias atañederas a la defensa económica de los países.

Surgió entonces, de una manera clara y precisa, el orden público económico o sea la aplicación de ciertas normas de origen general que primando sobre el interés individual contemplan la seguridad y beneficio económico de la sociedad y de las naciones. Las leyes dictadas en muchos países, entre otros Colombia, sobre moratoria, rebaja de deudas y de intereses, conversión de cédulas hipotecarias, etc., tienen como apoyo el principio de que se acaba de hacer mérito.

El legislador colombiano contempló esa situación y dictó varias normas al respecto. Entre ellas se encuentra la Ley 99 de 1931 sobre restricción de las importaciones y sobre facultades al Presidente de la República para tomar las medidas económicas y financieras indispensables para conjurar la crisis por que atravesaba el país cuando dicha ley se dictó.

Emanación de esa ley y de esas facultades fueron la restricción del comercio de importación y de los cambios internacionales. Por eso el artículo 6º del Decreto 1683 de 1931 creó el organismo denominado Comisión de Control y Operaciones de Cambio y dispuso que solamente el Banco de la República y los establecimientos bancarios, con autorización estos últimos de la Comisión de Control, podrán vender al público cambios internacionales. El libre comercio de oro fue prohibido y se dispuso por el Decreto 1723 de 1931 que los bancos tienen obligación de depositar en el Banco de la República las reservas metálicas de todo orden que tengan en sus cajas. La Junta de Control, cuyas disposiciones tienen fuerza de ley, dictó el Acuerdo número 16 de 4 de noviembre de 1931 por el cual se estableció que era necesaria la autorización de la Comisión de Control, en cada caso, cuando un depositante se presente a cualquier banco a consignar moneda legal para que le sea convertida a especie extranjera, y que la Comisión concederá o negará o aplazará la autorización según que la operación responda o no a las necesidades efectivas del comercio o de las industrias de Colombia. El artículo 1º del Decreto 2092 de 1931 estableció que desde esa fecha todas las transacciones de compra y venta de cambio exterior y de monedas extranjeras serán hechas únicamente por el Banco de la República o con su intervención.

El control legal, pues, en materia de comercio exterior y de operaciones de cambio rige en Colombia y va encaminado a mantener la balanza del comercio y la estabilidad de la moneda colombiana. Por eso está establecida la compensación o sea la nivelación entre los saldos créditos del país con los saldos débitos de otros países y viceversa. De ahí que según el régimen legal imperante no se puedan hacer importaciones de otros países a Colombia sino en la medida en que éstos compren los frutos colombianos, salvo algunas estipulaciones especiales como las contenidas en el tratado con los Estados Unidos, y de ahí también que la provisión de divisas extranjeras en Colombia no pueda hacerse sino por conducto del Banco de la República y en la medida en que esas divisas igualen a las compras que a Colombia hayan hecho los respectivos países.

Pero aún más: En esta materia se ha ido hasta a adoptar el principio de compensación consistente en que se ha convenido en una moneda especial, para ciertos países, mediante la cual se pagan a éstos los saldos débitos, por importación de mercancías, para cancelar los saldos créditos que por exportación de mercancías debe Colombia a esos países. En otros términos, las importaciones efectivas que haga Colombia se compensan con las exportaciones de productos colombianos al respectivo país.

Como tipos que contienen el principio y el desarrollo de la compensación, sistema adoptado en muchos países, pueden citarse los convenios celebrados entre Italia y la Oficina de Control de Cambio y Exportaciones de Colombia, firmado en Bo-

gotá el 28 de abril de 1938 y el celebrado entre el excelentísimo señor Wolfang Dittler, autorizado por el gobierno del Reich, y la oficina mencionada y suscrito en Bogotá el 27 de mayo de 1937. Este acuerdo vino a sustituír otro sobre compensaciones celebrado con Alemania el 5 de noviembre de 1935 y que estuvo en vigencia hasta el 5 de noviembre de 1936.

Del arreglo hoy vigente con Alemania son los siguientes artículos: "1º El gobierno de Alemania permitirá la exportación a Colombia de todas las mercancías manufacturadas en Alemania que sean pedidas por los importadores colombianos, en cuanto puedan ser suministradas por los exportadores alemanes por medio de compensación. A este respecto Colombia recibirá igual tratamiento que los países con los cuales el Reich alemán tiene firmado un convenio de compensación. Las facturas por esas mercancías y los giros que por ellas se libren, serán extendidos en marcos de compensación. . . . . 2º Para pagar con marcos de compensación las mercancías alemanas que se importen a Colombia, la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones de Colombia concederá permisos para la exportación a Alemania de las siguientes cantidades anuales de productos colombianos . . . . . 4º La Oficina de Control de Cambios y Exportaciones concederá licencia inmediata para el pago de todas las facturas de mercancías despachadas de Alemania hasta por el equivalente del valor de los productos colombianos exportado a Alemania, previa presentación de la documentación correspondiente". Los numerales a) y b) del artículo 5º, dicen así en lo pertinente: "a) Los bancos colombianos que lo soliciten tendrán derecho a que se les abran en los bancos corresponsales alemanes de su elección cuentas en marcos de compensación, por medio de los cuales deberán efectuarse los negocios relacionados con la importación de productos colombianos a Alemania. En estas cuentas se abonará a los bancos colombianos el valor de los créditos que se abran para pagar frutos colombianos cuando se presenten los giros correspondientes y sobre ellas sólo podrán extenderse giros a favor del Banco de la República. Los bancos corresponsales alemanes abonarán el importe de tales giros a las cuentas de compensación del Banco de la República de que trata el inciso siguiente'. "b) El Banco de la República queda autorizado para abrir en los bancos a que se refiere el inciso anterior una cuenta especial de compensación, que podrá dividirse de acuerdo con instrucciones especiales del mismo banco, en sus cuentas para el movimiento de sus distintas sucursales y agencias en Colombia. Contra los saldos acreedores en las cuentas especiales de compensación, el Banco de la República girará a favor de los exportadores alemanes o de los últimos endosatarios de las letras o de los tenedores de los respectivos documentos las órdenes de pago destinadas a cubrir el valor de las mercancías alemanas importadas a Colombia".

Por su parte el Decreto número 2806 de 11 de noviembre de 1936 (Diario Oficial 23,371), dice así en sus artículos 1º y 3º: "Artículo 1º Desde la fecha del presente decreto todas las personas naturales o jurídicas domiciliadas en el territorio de la República que hayan verificado o verifiquen importaciones de mercancías procedentes de Alemania, Italia, Dinamarca, España, Japón, Checoeslovaquia, Austria, China, Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Reino de Siam, o de cualquier otro país, con el cual se adopten medidas restrictivas, deberán verificar el pago de las mismas por medio de giros emitidos por el Banco de la República, a favor de los exportadores de dichas mercancías o de los cesionarios de las letras que a ellas se refieran, extendidos en moneda extranjera. Queda prohibido, por lo tanto, todo pago por valor de las importaciones a que se refiere el presente decreto en moneda legal dentro o fuera del territorio de la República y en forma diferente de la ordenada por el presente artículo". "Artículo 3º Los importadores que hayan recibido o reciban en lo futuro mercancías de los

países nombrados en el artículo primero, en cuenta corriente, sin que medie giro o cobranza a su cargo, sólo podrán verificar el pago en las condiciones prescritas en el mismo artículo mediante entrega al Banco de la República de la moneda legal correspondiente o de giros debidamente autorizados, para que éste efectúe las remesas correspondientes. Queda terminantemente prohibida bajo las sanciones previstas en el presente decreto, toda entrega en moneda legal a agentes o representantes de casas extranjeras para abonar el valor de las mercancías importadas". El artículo 5º es del siguiente tenor: "Las contravenciones a las disposiciones del presente decreto se castigarán con una multa igual al monto del valor de la operación, aparte de la suspensión del otorgamiento de licencias de importación, cuando la contravención haya sido cometida por el importador. Las sanciones serán impuestas por la Prefectura del Cuerpo Auxiliar del Poder Judicial, de acuerdo con los Decretos 238 de 11 de febrero y 2294 de 14 de septiembre de 1936".

De todo lo anterior resulta, según ya se expresó al principio, lo siguiente: a) Que la libertad contractual en el comercio de importación y de exportación y de cambios internacionales, está restringida y limitada, por altos principios de orden público económico anexos al desarrollo comercial del país, al equilibrio de la balanza de comercio y a la estabilidad de la moneda colombiana, con el fin, entre otros, de evitar su desvalorización; b) que en la aplicación de las leyes, decretos y reglamentos sobre control de cambio, se debe tener en cuenta el origen de la mercancía importada y atenerse, cuando sea el caso, a los pactos que sobre el particular haya celebrado el país; c) que es el principio de compensación y su desarrollo, lo que rige en forma de normas positivas, en el comercio de importación, exportación y cambios internacionales; d) que si el principio de la libre estipulación consignado en el artículo 9º de la Ley 35 de 1907, rige en toda su extensión, para los negocios celebrados dentro del territorio de la República y que deben ejecutarse en ésta, no rige en la misma forma para los negocios de importación y exportación, los cuales están sometidos en cuanto a modo y forma de hacer el pago a las reglas sobre control de cambio internacional.

Lo anterior lleva a la Corte a hacer la siguiente distinción: Las disposiciones sobre control, que ya se han mencionado, condicionan todo negocio de importación, exportación y cambios internacionales, de donde resulta que cuando un comerciante importador, que ya ha recibido la mercancía en Colombia, se la vende en todo o en parte a otro comerciante residente en Colombia, las relaciones contractuales entre estos dos están, para el efecto del pago, libres de las restricciones y formalidades del control, porque esa mercancía está ya nacionalizada y se presume que el importador pagó ya a la casa extranjera exportadora en la forma prevenida por las disposiciones del control. Las relaciones directas entre el importador residente en Colombia y la casa exportadora extranjera, son distintas de las que existen entre ese importador residente en Colombia y el comprador de esa mercancía o parte de ella, en el país. Ese comprador es tercero respecto de las relaciones entre el importador y la casa exportadora, puesto que el pacto o contrato es para el comprador res inter alia.

No valdría el argumento consistente en afirmar que importada una mercancía su pago debe hacerse al agente residente en Colombia de la casa exportadora en moneda distinta de la correspondiente divisa según el caso, en dólares o en moneda colombiana, por ejemplo, por cuanto se dijera que el dinero proveniente de ese pago no se exportaría sino se quedaría dentro del país, porque al aceptar esa tesis la finalidad de las disposiciones sobre control quedaría prácticamente anulada, pues entonces quedaría el país con un saldo de débito que iría creciendo progresivamente, a favor de otros países que no compraran frutos colombianos en la proporción establecida o que tuvieran en mi-

ra proveerse de divisas extranjeras a costa del país, eludiendo así el principio de la compensación, elemental e indispensable hoy para la vida económica de muchos países, entre ellos Colombia.

La sentencia acusada.

Sobre la base de la existencia legal del contrato celebrado entre la Curacao Trading Company de Amsterdam y Muvdi y sobre la base también de que las disposiciones de la Junta de Control son de orden público, el Tribunal sustenta la tesis consistente en que cuando existe un convenio de importación de mercancías y no se hace la remesa de divisas al país exportador, el pago debe hacerse en Colombia sin atender a las disposiciones de dicha Junta. El Tribunal se expresa así: "Pero es claro y esto parece que está fuera de discusión, que si un importador no solicitaba el giro para pagar, o desistía de su solicitud, o dejaba caducar la autorización para la compra de tal giro, las Juntas de Control no sólo no tenían por qué obligar a ese importador a pagar usando del giro autorizado, sino que, por el contrario, ese abandono del deudor las ponía en capacidad de vender el giro a otro importador. En otras palabras, de conformidad con el sistema establecido, todo importador que hubiera llenado los requisitos legales y necesitara remesar el valor de una factura, tenía derecho de solicitar a la Junta de Control el permiso para que el banco le vendiera el giro respectivo, depositando al efecto en moneda corriente colombiana el equivalente al tipo de cambio del día. Pero si tal importador, por una u otra causa, no hace la solicitud o resuelve quedarse aquí en el país con el valor de la factura en moneda colombiana, ni la ley ni las resoluciones de control, ni reglamentación alguna, podrían obligarlo a remesar al exterior, de todos modos, tal valor".

La tesis anterior, es en definitiva el fundamento básico de la sentencia acusada.

El recurso

Entre los varios cargos hechos a la sentencia, el recurrente aduce la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, por el siguiente concepto: "Acuso, dice el demandante en casación, el fallo por contener violación directa de los artículos 1º y 3º del Decreto Ley número 2,806 de 1936".

La Corte considera: Los artículos citados en la acusación fueron ya transcritos y por ellos se concluye que existe la infracción de la ley, a que se refiere el capítulo que se estudia, puesto que según esas normas, que comprenden y obligan no sólo a los que verifiquen sino a los que hayan verificado importaciones de mercancía de los países a que se refiere el decreto, deben hacer el pago por medio de giros emitidos por el Banco de la República, quedando prohibido por lo mismo todo pago por el valor de esas importaciones en moneda legal dentro o fuera del territorio de la República y en forma diferente de la ordenada en el decreto, es decir, mediante la entrega al Banco de la República de la moneda legal correspondiente, para que esta institución haga el giro en la divisa que sea del caso.

Estas estipulaciones cuadran además con todas las relativas al control de cambios y establecen la efectividad de tales operaciones, según lo dispuesto por el legislador colombiano.

Ahora bien: Dicho decreto empezó a regir el 11 de noviembre de 1936, es decir, casi dos años antes de que hubiera sido proferida la sentencia acusada y regía aún cuando ésta se dictó, como rige aún hoy, luego el juzgador al no dar aplicación a las disposiciones de ese decreto, violó la ley por no haberla aplicado al caso.

La tesis expuesta por el Tribunal de Barranquilla es inadmisible, tanto por lo que se expresó arriba, como porque los particulares podrían hacer fraude a la ley, con grave perjuicio para los intereses económicos colombianos, pues quedarían eludidas todas las disposiciones so-

bre control de cambio y en el país un saldo débito que se iría acrecentando, a favor de otros países o que no importaran frutos colombianos o que carecieran de divisas para que se hicieran las compensaciones a que se refieren las disposiciones sobre control.

Sentencia de instancia

La motivación de la sentencia de instancia, a que conduce la casación del fallo recurrido, ya que prosperando un cargo, no es el caso de estudiar los restantes, artículo 538 del C. Judicial, está expuesta anteriormente, pero no obstante la Corte subraya lo siguiente: Se verificó el contrato de importación de mercancías entre la Curacao Trading Company de Amsterdam y Elías Muvdi, comerciante de Barranquilla; éste recibió las mercancías, cuyo precio no ha pagado en virtud de la disputa que dio origen a este pleito. Las mercancías son alemanas, sobre lo cual no se ha disputado y la casa demandada corrobora y acepta este origen en la comunicación de fecha 1º de abril de 1936 a la Junta Consultiva de la Oficina de Control (folios 46 del cuaderno principal). Las relaciones jurídicas que ligan a las partes en virtud del contrato, quedaron aún más precisadas en la relación procesal de la litis contestatio, de modo que la existencia y validez del contrato no es discutida. El único punto controvertido es, como ya se dijo, la clase de moneda en que debe pagar el demandado Muvdi, clase de moneda que es la constituída por los marcos alemanes de compensación, por lo que ya se expresó, y al pago de esa suma, que debe Muvdi, deuda que éste confiesa, debe ser condenado. No está por demás observar que los argumentos de la parte opositora referentes a la existencia de los contratos entre la sociedad demandante y el demandado y al modo como se ejercitó esta acción, son jurídicos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa la sentencia recurrida** o sea la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el siete de noviembre de mil novecientos treinta y ocho y revoca la del Juez de primera instancia, tercero del Circuito de Barranquilla, dictada el quince de septiembre de mil novecientos treinta y seis y falla así este pleito:

Primero. Condénase al señor Elías M. Muvdi, del comercio de Barranquilla, a pagar a la Curacao Trading Company de Amsterdam, en Barranquilla, en marcos alemanes de compensación, el valor de las facturas base del presente juicio, que suman la cantidad de once mil quinientos ocho dólares, con ochenta y nueve centavos, con la deducción de quinientos ochenta y dos dólares, setenta y seis centavos, reconocida por el demandante en su libelo, como descuento confidencial hecho por la sociedad demandante al demandado.

Segundo. Este pago lo hará el demandado, en la forma establecida en el art. 1º del Decreto 2,086 de 11 de noviembre de 1936, diez días después de la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que el Juez a quo debe dictar en virtud de esta sentencia.

Tercero. Se absuelve al demandado de los demás cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Hernán Salamanca—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA Y NO DE PETICION DE HERENCIA.--PETICION DE HERENCIA. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — VENTA DE DERECHOS HERENCIALES.

1.—La acción de petición de herencia es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es pues una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero y de consiguiente la UNIVERSALIDAD de los bienes herenciales o una parte alícuota sobre éstos. De consiguiente, la cuestión de dominio de los bienes en esta acción es consecuencial y enteramente dependiente de la cuestión principal que allí se discute sobre la CALIDAD DE HEREDERO. Por eso cuando un bien se reclama como cosa determinada y singular, alegando no propiamente la calidad de heredero de mejor derecho, sino un título traslaticio de dominio, como venta, permuta, donación entre vivos, etc., la acción nunca será de petición de herencia, aun cuando el título provenga del heredero que haya enajenado cosas de la herencia antes o después de la partición, sino una caracterizada acción de dominio. — 2.—El juzgador debe interpretar la demanda. La cita de los preceptos legales con que se pretende respaldar un derecho puede ser equivocada; pero si el derecho en realidad existe bajo otra denominación, y las circunstancias de hecho necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen a efecto de definirlo.—

3.—Son eficaces las ventas de derechos herenciales de un heredero, vinculadas a un cuerpo cierto de la mortuoria, ventas que el heredero no puede desconocer y que aun cuando no trasmiten al comprador el dominio del bien, sí le dan en cambio facultad plena para intervenir en el juicio de sucesión para hacerse adjudicar lo que correspondía a sus vendedores. Igualmente son eficaces y producen todos sus efectos entre heredero y comprador, las ventas de bienes de la herencia hechas por un heredero antes de la partición y aun antes de que a su favor se dicte el decreto de posesión efectiva; sólo que esas ventas no vinculan a los demás herederos, para quienes el contrato es RES INTER ALIOS ACTA. El heredero estará sometido a todas las consecuencias que le puede acarrear ese acto de disposición prematura, como las de los artículos 1287, 1288, 1302, 1309 del C. C. Será una venta de cosa ajena, calificada así por el artículo 1401 del mismo, y en tal carácter expuesta a todas las contingencias de esa clase de enajenaciones que no perjudican al verdadero dueño. Pero por lo mismo que la venta es válida entre heredero y comprador, aquél no puede desconocer posteriormente la tradición y la consiguiente posesión que al comprador le haya dado del bien. No están en iguales circunstancias los demás herederos, por lo mismo que a ellos no se les puede oponer el acto. En cambio, al heredero vendedor sí es oponible.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. —Bogotá, abril nueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

La sentencia del tribunal superior del distrito judicial de Bucaramanga, de fecha 23 de marzo del año próximo pasado, sometida al examen de la Corte, por recurso de casación interpuesto por varios de los litigantes que componen la parte actora en el juicio, contiene la siguiente fiel relación de todos los antecedentes del negocio:

"El 31 de agosto de 1901 murió en Capitanejo el señor José María Soto Duarte, dejando dos hijos legítimos, a saber: Severo y Clemente Soto, y la viuda señora Dolores o María Dolores Barrera de Soto.

Iniciado el juicio de sucesión, se hicieron los inventarios el 22 de julio de 1904, quedando incluídos en él siete lotes rurales, ubicados todos en el punto de La Loma, del vecindario de Capitanejo. Y aunque alcanzó a hacerse la partición, ella se quedó sin la aprobación judicial por razones que no es pertinente conocer ahora.

Ese mismo año, el 22 de agosto y por escritura número 264, otorgada en el Circuito de San Miguel, Severo Soto le vendió a la madre "todo el derecho y acción que por herencia de su padre legítimo señor José María Soto le corresponde en todos los bienes raíces y muebles que éste dejava a su fallecimiento...", según reza el respectivo instrumento (f. 27 v. del cuaderno C.).

En el año de 1906, Clemente Soto y Dolores Barrera de Soto le vendieron a José Resurrección Rojas Delgado, por escritura número 208, otorgada en la Notaría segunda de Málaga, lo siguiente: "Un lote de terreno con los derechos y acciones en él adquiridos, ubicado en..... y los linderos que lo demarcan son los siguientes.....", como dice el título respectivo (f. 21 v., cuaderno C.).

"En el año de 1911 murió la señora Dolores v. de Soto. Por tanto, quedaron radicados en cabeza de sus dos hijos, Severo y Clemente, todos los derechos en la doble sucesión Soto-Barrera. Ocurrió el fallecimiento el 27 de junio.

"Ese mismo año, por escritura número 443, otorgada en la Notaría primera de Málaga el 28 de agosto, Severo y Clemente Soto le vendieron a José Resurrección Rojas Delgado: .....el derecho y acción que les pueda corresponder en las siguientes orillas de tierra..... con un día de agua cada quince días..... y bajo estos linderos.....", como se lee en la escritura citada.

"Por escritura número 182, otorgada el 15 de mayo de 1912 en la Notaría segunda de Málaga, Severo Soto le vendió al mismo Rojas Delgado: ".....el derecho al tiempo de medio día de agua, los sábados, cada quince días..... Este derecho al agua expresada lo hubo el vendedor, con más porción o cantidad, por herencia de sus padres José María Soto y Dolores Barrera", y por compra a José Nicanor Fajardo.

"El 21 de enero de 1913, por escritura número 56, de la Notaría primera de Málaga, Severo y Clemente Soto le vendieron al mismo Rojas Delgado: .....el derecho y acción que tienen y les corresponde en un lote de tierra..... demarcado así: .....", según encabezamiento del título visible al folio 37 del cuaderno C.

"Con apoyo en estos títulos se presentó Rojas Delgado al juicio de sucesión de Soto Duarte, por medio de apoderado, y pidió que se le tuviera en cuenta como parte y subrogado a los herederos en las respectivas adjudicaciones (f. 33); pero el Juzgado, por auto del 24 de marzo de 1915 (f. 39), falló en sentido desfavorable al actor esa petición, diciendo: "El Honorable Tribunal, en casos como el de que se trata, ha decidido que 'si un coasignatario de la herencia vende a un extraño un predio demarcado de la comunidad, el comprador no adquiere derecho para intervenir en el juicio de sucesión respectivo, pues no siendo comprador de

derechos y acciones de la herencia no se halla en el caso del artículo 1377 del Código Civil'. Otra petición semejante que hizo el mismo Rojas Delgado en el mismo año de 1915 (f. 36 v.), se quedó sin resolver expresamente.

"En el año de 1913, por medio de las escrituras números 457, de 27 de agosto, de la Notaría primera de Málaga y 373, de 24 deseptiembre, de la Notaría primera del Circuito del Norte (en Boyacá), Severo y Clemente Soto le venden a Emilio Valderrama sendos lotes de terreno, en la fracción de La Loma, del vecindario de Capitanejo, señalado cada uno por sus linderos respectivos, junto con el derecho y acción que en ellos les pudiera corresponder en la sucesión de sus padres. El comprador no se hizo presente en el juicio de sucesión.

"Por escritura número 139, de 21 de mayo de 1916, de la Notaría segunda de Málaga, Clemente Soto le vendió a Miguel Cordero 'todos los derechos y acciones que tiene y le corresponden en la sucesión de sus padres legítimos José María Soto y Dolores Barrera, en todos los bienes que éstos dejaron al tiempo de su fallecimiento.....', los cuales 'se hallan libres de otras enajenaciones' (f. 26 del cuaderno C).

"Y por escritura número 399, de 31 de agosto de 1916, Severo Soto le vendió también a Miguel Cordero '.....los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle por herencia como hijo legítimo en la sucesión de sus padres José María Soto y Dolores Barrera..... cuyas sucesiones no han sido liquidadas judicialmente' y que 'se hallan libres de otras enajenaciones' (f. 64 v.).

"Con estos títulos se presentó Cordero al juicio de sucesión, pidió y obtuvo que se le tuviera como interesado, pidió y obtuvo el decreto de posesión efectiva de la herencia (fs. 67 v. y 72) el cual fue registrado (f. 73), y en virtud de él se le hizo la entrega material de los siete lotes que fueron inventariados desde 1904 en la sucesión de Soto Duarte (f. 95). Por escritura número 306, de 28 de noviembre de 1932, de la Notaría segunda de Málaga, fue protocolizado el juicio de sucesión (f. 119). Y aunque dice la demanda y aceptan los demandados que hubo partición de bienes y adjudicación de ellos a Cordero y a Efraín Sandoval (por haberle comprado éste una parte del derecho hereneial), no consta de autos la referida partición.

"La demanda.

"El 30 de julio de 1935 se inició el juicio ordinario, con la demanda cuyas peticiones se copian en seguida:

"Ejercitamos la acción de petición de herencia consagrada en el artículo 1321 y reglamentada en los siguientes del Código Civil.

"Estimamos la cuantía de la acción en más de cinco mil pesos moneda legal.

"Pedimos que se declare en sentencia definitiva:

"1.—Que ni Miguel Cordero ni Efraín Sandoval tienen derecho ninguno a ocupar como parte integrante de la herencia de José María Soto Duarte, y en su carácter de causahabientes de los herederos Severo y Clemente Soto, los siguientes inmuebles: (aquí señala la demanda todos los que adquirió Rojas Delgado, según las escrituras que se dejaron relacionadas en los antecedentes).

"2.—Que en consecuencia, se adjudiquen y restituyan a los demandantes las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, pertenecientes al caudal hereditario de José María Soto Duarte, en la siguiente medida y pormenor: (aquí señala la demanda en detalle los nombres de los demandantes y pide para cada uno lo que aparezca de sus títulos respectivos). Pide también la demanda 'los aumentos que hayan tenido las cosas hereditarias después de que las ocuparon los demandados', y que se considere a los demandados como ocupantes de mala fe, para todos los efectos del juicio.... desde la ocupación de las cosas hereditarias'.

"En subsidio pide la demanda: 'Que se adjudique a los demandantes cuotas par-

tes del total hereditario en la proporción que implica cada uno de los títulos presentados y alegados en esta demanda, y se ordene en consecuencia de tales cuotas ideales hacer adjudicación de cuerpos ciertos a los demandantes para cubrirles las cuotas que les correspondan, tomados tales cuerpos ciertos de los bienes inventariados como pertenecientes a la sucesión de José María Soto Duarte'; y 'Que se adjudique a los demandados lo que les corresponde en vista de los títulos por ellos exhibidos en el curso del juicio, de los bienes inventariados en el juicio mortuorio de José María Soto Duarte'.

"En Derecho me fundo (sic) —dicen los demandantes— en los artículos 1321 y siguientes del Código Civil, concordantes y relacionados' ".

Las razones del Tribunal.

El Tribunal se apoyó principalmente en los siguientes razonamientos para declarar improcedente la acción.

De las escrituras de adquisición de José Resurrección Rojas Delgado y Emilio Valderrama, presentadas como elemento básico de la demanda, aparece que ellos no compraron en realidad derechos y acciones en una sucesión sino cuerpos ciertos de la misma a los herederos de José María Soto Duarte.

La acción de petición de herencia, que fue la ejercitada de manera expresa en el libelo, nace del derecho de herencia, por su naturaleza universal e indeterminado, sin que pueda perseguir los bienes del difunto considerados individualmente.

La demanda dice que las ventas hechas a Rojas y Valderrama no fueron de predios demarcados de la comunidad sino de derechos y acciones herenciales en determinados inmuebles. Para el Tribunal es jurídicamente igual vender un cuerpo cierto de la sucesión que vender el derecho y acción que al heredero le pueda corresponder única y exclusivamente en ese objeto y no en otro; y tanto en uno como en otro caso es preciso esperar la partición para saber si el dominio del objeto vendido se ha radicado en cabeza del heredero vendedor y por tanto en la del comprador, o si el derecho del heredero se concretó en el objeto determinado por él o recayó en otro bien ajeno al contrato. Lo cual es obvio, porque el heredero no tiene facultad para señalarse los objetos que deban corresponderle, ni puede trasmitir a nadie su derecho de herencia en forma tal que autorice al comprador para hacerse adjudicar ciertas y determinadas especies.

Dice la demanda que los títulos de Rojas y de Valderrama les dan derecho a sus herederos para pedir la herencia que les corresponde. Pero si ellos no compraron herencia ninguna sino bienes determinados pertenecientes a una herencia, su derecho es otro: el de hacerse entregar los objetos a que específicamente se refieren los títulos, si en la partición se le adjudicaron al heredero vendedor.

Ni queda duda, continúa diciendo el Tribunal, en cuanto a la acción intentada, porque la demanda dice de manera expresa que se apoya en el artículo 1321 del Código Civil, dos veces allí invocado. Los términos de esta disposición demuestran que la acción de petición de herencia tiene por objeto "una herencia", pero no un objeto preciso y cierto de la sucesión.

La acción intentada en la demanda es pues improcedente, puesto que quienes la ejercitan no tienen el carácter de herederos, ni el objeto de la demanda es la universalidad de bienes que constituyen la sucesión de Soto Duarte sino algunos bienes determinados y precisos comprendidos en ella. La petición de herencia corresponde al legítimo heredero y tiene por objeto una cosa universal, con universalidad de derecho, no de hecho, según doctrina de la Corte.

El recurso de casación

Entre las causales alegadas en la demanda de casación contra el fallo anterior, la Corte encuentra fundada la que está formulada en el capítulo III del respectivo memorial, por cuya razón ella se-

rá la que produce la infirmación de la sentencia acusada, con lo cual es inútil hacer el examen de las restantes causales, y lo que procede es dictar la resolución que corresponda, según lo dispuesto en el artículo 538 del C. Judicial.

Según el expresado motivo la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa de los artículos 946, 947, 948, 950, 951, 952 y 1325 del Código Civil.

Dice el recurrente que en el supuesto de que se considere que los demandantes carecen de la acción de petición de herencia, la demanda sí da base para interpretarla en el sentido de consultar el verdadero espíritu que con ella se persiguc, consistente en que se declare que los actores, en vista de sus títulos, tienen mejor derecho que Miguel Cordero, cesionario de los herederos de Soto Duarte al dominio de los bienes determinados en esos títulos, ordenándose la restitución de tales bienes, que les fueron arrebatados en la diligencia de entrega a Cordero de todos los bienes de la herencia de Soto Duarte.

En tales circunstancias la demanda debe interpretarse no por la cita que en ella se hizo del artículo 1321 del Código Civil, sino por su verdadera finalidad. Y esta se encuentra indicada en las peticiones de la demanda, pues en la primera se pide se declare que "ni Miguel Cordero ni Efraín Sandoval tienen derecho ninguno a ocupar como parte integrante de la herencia de José María Soto Duarte, y en su carácter de causahabientes de los herederos Severo Soto y Clemente Soto, los siguientes bienes.....": y en la segunda petición se pide la restitución de los lotes escriturados a los demandantes, y las peticiones siguientes se refieren a las prestaciones propias de la acción reivindicatoria.

La Corte considera:

La acción de petición de herencia es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es pues una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero y de consiguiente la universalidad de los bienes herenciales o una parte alícuota sobre éstos. De consiguiente la cuestión de dominio de los bienes en esta acción es consecuencial y enteramente dependiente de la cuestión principal que allí se discute sobre la calidad de heredero. Por eso cuando un bien se reclama como cosa determinada y singular, alegando no propiamente la calidad de heredero de mejor derecho, sino un título traslaticio de dominio, como venta, permuta, donación entre vivos, etc., la acción nunca será de petición de herencia, aun cuando el título provenga del heredero que haya enajenado cosas de la herencia antes o después de la partición, sino una caracterizada acción de dominio.

Ante la imposibilidad de considerar la acción propuesta en el libelo de demanda, como de petición de herencia, en razón de su finalidad claramente definida, tendiente a obtener la entrega de varios inmuebles procedentes de la doble sucesión de los esposos José María Soto y Dolores Barrera, enajenados por los legítimos herederos de dichos esposos, señores Severo y Clemente Soto Barrera, antes de que éstos le hicieran cesión a los demandados de todos sus derechos hereditarios; el juzgador de instancia estaba en la obligación de examinar la verdadera intención de la demanda, revelada en sus peticiones y en los hechos propuestos para fundarlas, más que en la denominación que se le diera a la acción y en las disposiciones civiles invocadas. La cita de los preceptos legales con que se pretende respaldar un derecho puede ser equivocada; pero si el derecho en realidad existe bajo otra denominación, y las circunstancias de hecho necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen a efecto de definirlo.

El demandante dice que su acción es de petición de herencia e invoca el artículo 1321 del C. Civil. Empero, de acuerdo con la verdadera finalidad del libelo, en el fondo lo que éste plantea es una controversia entre el demandante y los demandados sobre el mejor dominio de determinados inmuebles, proveniente para aquél de haber sido enajenados por los herederos cuando todavía éstos no se habían desprendido por cesión a un tercero (el demandado Cordero), de sus derechos herenciales. Es decir, se discute la eficacia de la venta efectuada por los herederos, de bienes de propiedad del causante, y la obligación que tiene el cesionario de aquéllos de respetar el contrato, dejando a los compradores en posesión de lo vendido.

Siendo así, es evidente que el sentenciador le dio una mala inteligencia a la demanda, debido a que atenido a sus apariencias, no descendió a escrutar su fondo para ver en ella una acción de dominio. Con ello incidió en violación de varias de las disposiciones citadas por el recurrente. Lo que lleva a la Corte a casar el fallo y a dictar en cambio el de instancia que deba reemplazarlo.

Sentencia de instancia.

Sobre las diversas formas como ordinariamente se hace la enajenación de los derechos o de bienes hereditarios, el Tribunal Superior de Cundinamarca, en un estudio del ex-magistrado doctor Gabriel Rodríguez Ramírez, hecho en auto de fecha 30 de septiembre del año de 1931, publicado en Justicia, órgano de la corporación, tomo II, número 12, dijo con todo acierto jurídico lo siguiente:

"El heredero puede ceder a título de venta su derecho de herencia. (Artículo 1967 del Código Civil), o una cuota del mismo (Vélez, Estudio, Título VII, número 455), y entonces se tiene una venta especial. También puede vender una especie hereditaria, esto es, perteneciente a la herencia o sucesión (artículos 757 y 1441 del Código Civil); el objeto de la transferencia es entonces el derecho de dominio sobre la especie vendida y se tiene una venta ordinaria de cuerpo cierto. También puede vender el derecho de dominio que espera adquirir sobre ciertos objetos hereditarios por adjudicación en la partición de la herencia (artículo 1869 del Código Civil, primera parte); el objeto de la venta es entonces un bien futuro y se tiene una **emptio rei speratae**. También puede vender sus pretensiones a una herencia; el objeto del contrato es una suerte (artículo 1869, segunda parte), y se tiene entonces una venta aleatoria. Por último, puede, como se vio, vender su derecho hereditario limitando la transferencia a la parte que le quepa o pueda caberle en un objeto hereditario, especialmente determinado.

"La venta especial de derechos hereditarios o sucesorales, o de una cuota de ellos, tiene por objeto los derechos inherentes a la calidad de heredero, el derecho de suceder al difunto en la universalidad de sus bienes o en una cuota o parte determinada de una cuota de esta universalidad, por ejemplo, en un quinto o en la mitad de un quinto. Como esta universalidad está formada por la agrupación o conjunto de los bienes relictos y el derecho a suceder del heredero, tiene por objeto todos y cada uno de estos bienes, puede trasmitir los derechos anexos a su título y calidad en cuanto se refieran a determinado bien de ese conjunto o agrupación. El objeto de la transferencia son entonces los derechos inherentes a la calidad de heredero, pero referidos o limitados a una sola de las varias cosas que son objeto de esos derechos. La cantidad trasmitida no es entonces ni todos los derechos del heredero, ni una cuota, esto es, porción fija y determinada o determinable de la totalidad de esos derechos, sino una parte, esto es, una porción indeterminada de esos derechos, indeterminada en su relación o proporcionalidad con la totalidad de ellos, pero determinada en cuanto al objeto. Por consiguiente, la cesión de derechos hereditarios referidos a un objeto de la sucesión especial-

mente determinado, no es cesión o venta de cuerpo cierto, o sea, trasmisión del derecho de dominio sobre la especie, ni cesión de una cuota del derecho del heredero, sino cesión de una parte de los derechos del heredero, cesión que como se ha visto, es válida. Como se ve, este último caso está comprendido en la clase de venta especial del derecho hereditario.

"Un cesionario de esta clase, como un cesionario de cuota, soporta también las cargas de la sucesión, no porque en virtud de la cesión venga a quedar obligado personalmente a ello sino porque la parte que ha adquirido es parte de una agrupación de bienes que llevan cargas, las cuales deben satisfacerse en primer lugar, no viniendo a quedar como masa partible, sino los bienes que sobren después de pagar las deudas y cargas sucesorales (artículo 1016 del Código Civil).

"Hay que aclarar que cuando uno o varios o todos los herederos venden sus derechos hereditarios en una especie de la sucesión, se ha de entender que venden el derecho de herencia que a cada uno pertenece, el derecho a suceder, el derecho anexo a la calidad de heredero, y no otro u otros derechos, como, por ejemplo, el de dominio sobre la especie, adquirido por herencia. La palabra hereditario tiene dos acepciones: primera, lo perteneciente a la herencia, lo relativo a ella, lo que a ella se refiere; segunda, lo que se adquiere por herencia. Es claro que el que cede sus derechos hereditarios en un cuerpo cierto, toma la palabra hereditario en el primer sentido y no en el segundo; si la tomara en el segundo especificaría cuáles son los derechos adquiridos por herencia y qué quiere traspasar, y entonces diría que cede el derecho de dominio sobre tal cosa, o el de servidumbre, o el de usufructo, etc., que adquirió por herencia de fulano. También se debe advertir que nuestra lengua no tiene la voz herencial y que si la tuviera o pudiera formarse no podría tomarse en otras acepciones que las de la palabra hereditario".

Lo trascrito está demostrando la eficacia legal de las ventas de derechos hereditariales de un heredero, vinculadas a un cuerpo cierto de la mortuoria, ventas que el heredero no puede desconocer y que aun cuando no transmiten al comprador el dominio del bién, sí le dan en cambio facultad plena "para intervenir en el juicio de sucesión en lugar de los vendedores con el fin de que en la participación se le adjudique lo que a tales herederos corresponda en los inmuebles indicados", conforme lo reconoció esta misma sala en casación de fecha 30 de octubre de 1926, publicada en la "Gaceta Judicial", tomo XXXIII, página 267, 2ª.

Igualmente son eficaces y producen todos sus efectos obligatorios entre el heredero y el comprador, las enajenaciones de bienes de la herencia hechas por un heredero antes de la partición y aun antes también de que a su favor se dicte el decreto de posesión efectiva; sólo que esas ventas no vinculan a los demás herederos, para quienes el contrato es res inter alios acta. El heredero estará sometido a todas las consecuencias que le puede acarrear ese acto de disposición prematura, como las de los artículos 1287, 1288, 1301, 1302, 1309, etc., del C. Civil. Será una venta de cosa ajena, calificada así por el artículo 1461 de la misma obra, y en tal carácter expuesta a todas las contingencias de esa clase de enajenaciones que no perjudican al verdadero dueño.

Pero por lo mismo que la venta es válida entre el heredero y el comprador, el heredero no puede desconocer posteriormente la tradición y la consiguiente posesión que al comprador le haya dado del bien. No están en iguales circunstancias los demás herederos, por lo mismo que a ellos no se les puede oponer el acto. En cambio al heredero vendedor sí es oponible, ya que como contratante no puede violar el contrato. Y en la misma situación del heredero está el adquirente o cesionario de sus derechos hereditarios, por que este cesionario ocupa el lugar del heredero, con sus prerrogativas y sus obligaciones.

— —

En el caso de este pleito las ventas he-

chas por los herederos de Soto Duarte y Dolores Barrera a José Resurrección Rojas Delgado por las escrituras citadas al principio no fueron en manera alguna de derechos hereditarios referidos a cuerpos ciertos, es decir de cuotas herenciales determinables por la capacidad del bien, sino de inmuebles determinados adquiridos por herencia.

Los títulos son muy claros: por la escritura número 208 María Dolores Barrera y Clemente Soto le venden a Rojas Delgado "un lote de terreno con los derechos y acciones en él adquiridos, ubicado en la fracción de La Loma.....", y al decir de dónde lo hubieron, expresan que la primera "por herencia y gananciales en la sociedad conyugal con su esposo José María Soto Duarte, en parte, y en parte, por compra a Severo Soto", y el segundo, "por herencia de su finado padre"; y que el terreno lo venden "con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres, libre de gravamen, censo e hipoteca". Por la escritura número 443 Severo y Clemente Soto venden al mismo unas orillas de tierra, por los linderos que allí se citan, habidos por herencia sin liquidar de sus padres José María Soto y Dolores Barrera. Y por la escritura número 56, los mismos vendedores enajenan al comprador citado el derecho y acción que tienen en un lote de tierra, situado en la fracción de La Loma, vecindario de Capitancjo, por los linderos que se describen, procedente también de la misma herencia.

Por consiguiente y según lo antes expuesto, las ventas de que dan cuenta las escrituras citadas, aun cuando se refieren a bienes de una herencia sin liquidar, son válidas en cuanto hace a los contratantes y obligan a los herederos vendedores a responder al comprador de lo vendido. Y si los vendedores resultan ser los únicos herederos del causante a cuyo dominio pertenecieron los bienes vendidos, y ellos o su cesionario, adquieren a la postre la adjudicación de tales bienes, ya por partición, o ya por el decreto de posesión efectiva que haga innecesaria la partición, según el artículo 968 del C. J., entonces la venta ya no será de cosa ajena sino de cosas que por el efecto retroactivo de la partición o del decreto de posesión efectiva, en su caso, se reputan de propiedad del heredero enajenante desde el momento mismo de la delación.

Esto conduce a concluír que cuando Clemente y Severo Soto, únicos interesados en la doble sucesión de José M. Soto Duarte y Dolores Barrera, vendiéronle a Miguel Córdero sus correspondientes derechos de herederos en ella, no pudieron trasmitirle el derecho de herederos sobre las cosas que desde tiempo anterior habían traspasado a terceros, porque este último derecho ya no estaba en el patrimonio de aquellos herederos, sino en el de los compradores. De consiguiente el cesionario Miguel Cordero, careció de toda facultad para desposeer a quienes como Rojas Delgado exhibían títulos de propiedad provenientes de los herederos.

Miguel Cordero con el carácter de cesionario de los derechos hereditarios de los dos herederos se hizo reconocer como parte en el juicio de sucesión de Soto Duarte y Dolores Barrera, obteniendo luégo se decretara a su favor la posesión efectiva de los bienes relictos. Apoyándose en ese decreto hizo que el juez de la causa le entregara todos los bienes de la mortuoria, incluyendo los que ya habían sido enajenados por los herederos. Como en el juicio no había más que un interesado, el decreto de posesión efectiva hizo las veces de adjudicación, según el artículo 968 del C. Judicial ya citado. De manera que al obtener esa adjudicación, que en cabeza del cesionario fue como haberla obtenido los herederos, aquellas enajenaciones quedaron plenamente consolidadas, por cuya razón Cordero quedó doblemente obligado a respetarlas.

En consecuencia, la acción propuesta en el libelo de demanda es procedente, como quiera que ella tiende a que se declare que Miguel Cordero carece de derecho a ocupar como parte de la herencia de José María Soto Duarte, y en su carácter de causahabiente de los respectivos herederos, los inmuebles que adelante se

detallarán; que restituya los bienes a sus legítimos dueños; y que se le considere como poseedor de mala fe por haber tenido conocimiento de cuáles eran los títulos en que los anteriores poseedores se apoyaban, que les daban derecho preferente sobre el título del cesionario.

Por último, y en orden a dejar aclaradas todas las fases del pleito, se observa además:

1º Que la sustanciación en las instancias no adolece de ninguna nulidad procedimental. No tiene ese carácter la omisión en primera instancia del auto de citación para sentencia. Esa es una irregularidad, pero que no alcanza a engendrar nulidad. Las irregularidades que acarrean vicios fundamentales de la actuación y que impiden al juzgador dictar sentencia de fondo mientras no se subsanen, están señaladas en forma limitada en el artículo 448 del Código Judicial. Esas tres causales garantizan contra el seguimiento de procesos de tal manera defectuosos que pudieran llevarse de calle la garantía constitucional de que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y vencido observando la plenitud de las fórmulas del respectivo juicio. Y en ninguna de las causales del artículo citado encuadra la falta de citación para sentencia.

2º Efraín Sandoval figura demandado con el señor Miguel Cordero. Dentro de los respectivos términos legales no se trajo al expediente ninguna prueba tendiente a demostrar que él comparta con Cordero las responsabilidades deducidas en la demanda, por haberle comprado a éste parte de los derechos hereditarios de que Cordero era dueño. Por lo tanto, las condenaciones de este fallo no lo pueden comprender.

3º Es también demandante Anatolio Valderrama, que se dice heredero de Julián Valderrama, el cual a su vez se dice heredero de Emilio Valderrama, quien le había comprado a Clemente y Severo Soto algunas fincas de la sucesión de Soto Duarte. Empero, en las instancias no se dedujo ningún comprobante del carácter de heredero que se atribuye Anatolio. Por esto la sentencia tampoco podrá decretar nada a su favor.

4º José Resurrección Rojas Delgado fue casado dos veces, y al morir en el año de 1919 dejó, además de la viuda señora Gregoria Orozco, siete hijos legítimos, a saber: José Resurrección, Leopoldo y Lucrecia Rojas Manrique, del primer matrimonio; y Luis, Silvino, María Olimpia y Mercedes Rojas Orozco, del segundo matrimonio. La viuda y los cuatro primeros herederos le vendieron a José del Carmen Báez, uno de los demandantes, todos sus derechos en la sucesión de Rojas Delgado. Silvino, quien en el juicio estuvo representado por su madre Gregoria Orozco, hoy es ya mayor de edad. Rosalía es actualmente esposa de José del Carmen Báez, comparece a demandar por sí misma. Y la viuda comparece como heredera de sus dos hijas difuntas María Olimpia y Mercedes.

5º Por medio de las escrituras números 208 de 27 de junio de 1906, 443 de 28 de agosto de 1911 y 182 de 15 de mayo de 1912, todas tres de la notaría de Málaga, José Resurrección Rojas Delgado adquirió de los dos herederos de la sucesión de José María Soto Duarte y Dolores Barrera, las fincas relacionadas en los apartes a) y b) de la petición primera del libelo de demanda, pertenecientes a esas sucesiones en cuyo inventario fueron incluídas.

6º La finca relacionada en el aparte d) del mismo libelo fue adquirida de la misma manera por Rojas Delgado, según escritura número 56 de 21 de enero de 1913, otorgada en el círculo de Málaga.

7º Como Báez y los otros interesados nombrados son legítimos representantes de Rojas Delgado en calidad de herederos o cesionarios de herederos, a ellos deben restituírse las fincas.

Sentencia

Por las consideraciones expuestas la Sala de Casación Civil de la Corte Supre-

ma de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de segunda instancia dictada en este negocio con fecha veintirés de marzo de 1939, revoca la de primera instancia, y en su lugar la presente litis queda definida así:

1º Miguel Cordero carece de derecho para ocupar como parte integrante de la herencia de José María Soto Duarte y Dolores Barrera, y en su carácter de causahabiente de los herederos Severo Soto y Clemente Soto, los siguientes inmuebles:

a) El lote de terreno con todos los derechos y accesorios adquirido por José Resurrección Rojas Delgado mediante escritura pública número doscientos ocho (208), de veintisiete (27) de junio de mil novecientos seis (1906) y ciento ochenta y dos (182) de quince (15) de mayo de mil novecientos doce (1912), otorgadas ambas ante el Notario segundo del Círculo de Málaga, lote de terreno que tiene los siguientes linderos, según las mismas escrituras: "Por el Oriente, desde donde entra la toma del Sobrante al mencionado terreno, tomando dicha toma hasta encontrar la punta de un cimiento donde hay un árbol de anón; por el Sur, tomando un surco de monte de para abajo y parte de cimiento a la derecha de la acequia grande de regadío, hasta dar a la toma de La Esperanza, lindando por estos dos costados con terrenos de la sucesión de José María Soto Duarte; por el Occidente, toda la toma de La Esperanza de para abajo hasta encontrar la quebrada de La Loma y lindando con terrenos de la sucesión de Reyes Flórez; y por el Norte, cogiendo quebrada arriba a dar al camino real que de Capitanejo va para Boavita, y de aquí a buscar el punto de partida, lindando con terrenos de la sucesión de Gregorio Soler y en parte con el señor Crisóstomo Quirós Duarte, quebrada y camino al medio";

b) Los dos lotes de terreno adquiridos por José Resurrección Rojas Delgado con todos los derechos y acciones especificados en la escritura de adquisición número cuatrocientos cuarenta y tres (443) de veintiocho (28) de agosto de mil novecientos once (1911) otorgada ante el Notario Primero del Círculo de Málaga, así deslindados: El llamado "Las Arias" ubicado en la fracción de La Loma, del vecindario de Capitanejo con esta delimitación: "Por el Sur, desde la loma de La Esperanza, tomando de para arriba un surco de monte y una acequia a dar a una mata de anón y una piedra rucia que queda en la cabecera o sea al Oriente, lindando con terreno del comprador; por el Norte, tomando una acequia y un surco de monte de para abajo a dar a la loma de La Esperanza, lindando con terrenos de las sucesiones de José María Soto y Dolores Barrera; y por el Occidente, toda la toma de La Esperanza de para arriba, a su primer lindero lindando con la sucesión de Reyes Flórez". El llamado El Potrero el Chiquito, en la misma fracción y así demarcado: "Por el Sur, desde la toma de La Esperanza todo un surco de monte y cimiento de para arriba a dar a un guayacán que hay más arriba de una mata de totumo; por el Oriente, de este último punto en línea recta a dar a una piedra grande, rusia, que queda en la toma; por el Norte, toda la toma abajo, hasta dar a la toma de La Esperanza, lindando por estos tres costados con la sucesión antes dicha; y por el Occidente, toda la toma de La Esperanza de para arriba a su primer lindero, lindando con terrenos de Reyes Flórez";

c) El lote de terreno, o los derechos en él vinculados adquirido por José Resurrección Rojas Delgado según escritura número cincuenta y seis (56) de veintiuno (21) de enero de mil novecientos trece (1913) otorgada ante el notario primero del Circuito de Málaga demarcado así: "Por la cabecera tomando de un mojón de piedra postizo se sigue por toda una toma o acequia de regadío a dar a otro mojón de piedra, lindando con de los mismos vendedores sin cerca al medio; por el Sur, por todo un cimiento abajo a dar a un mojón de piedra linda con pre-

dios del comprador; por el pie, con de Antonio Duarte Godoy, una acequia de regadío al medio a dar a otro mojón de piedra; y por el otro costado, con del mismo comprador, otra toma de regadío al medio a dar a su primer lindero".

2º Condénase a Miguel Cordero a restituír a la sucesión de José Resurrección Rojas Delgado representada por José del Carmen Báez en su calidad de cesionario de varios de los herederos de José Resurrección, señores José Resurrección, Leopoldo y Lucrecia Rojas Manrique, y Luis Rojas Orozco; a Silvino Rojas, a Rosalía Rojas; y a Gregoria Orozco, heredera de sus hijas María Olimpia y Mercedes Rojas, herederas a la vez de José Resurrección Rojas Delgado, las fincas anteriormente descritas, junto con sus frutos naturales y civiles, desde la fecha en que Miguel Cordero entró en posesión hasta el día de la entrega, considerándolo como poseedor de mala fe.

3º Niéganse las peticiones de la demanda impetradas por Anatolio Valderrama.

4º Niéganse las peticiones de la demanda en cuanto se refieren a Efraín Sandoval.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese este fallo en el próximo número de la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO CERRADO — NULIDAD Y VALOR DE LOS ACTOS JURIDICOS — REQUISITOS PARA EL VALOR DE LOS ACTOS JURIDICOS — REQUISITOS ESENCIALES EN EL OTORGAMIENTO DE LOS TESTAMENTOS CERRADOS — PRUEBA DEL HECHO NEGATIVO EN CIERTOS CASOS

1.—Los requisitos necesarios en determinados casos para el valor de los actos jurídicos son de dos clases: internos o de fondo, y externos o de forma. Los externos se subdividen en formalidades esenciales para el valor y la existencia del acto, por la propia naturaleza de éste o por su gran trascendencia en las relaciones jurídicas, llamados AD SOLEMNITATEM; o en simples requisitos no esenciales, destinados a dar mayor autenticidad y fijeza al respectivo acto, con el principal objeto de facilitar su demostración y existencia, denominados AD PROBATIONEM.—2. El requisito exigido por la Ley 36 de 1931, meramente probatorio, no viene a constituír, en su fondo, una solemnidad o formalidad esencial que haga parte, por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia, que sí son verdaderamente esenciales para la existencia y validez del acto, son las señaladas y exigidas por el artículo 1080 del C. C., cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad. La omisión de la escritura a que alude la Ley 36 citada no acarrea la nulidad absoluta del acto testamentario. Tanto la redacción como el espíritu del artículo 4º de esa ley inducen a aceptar que en tal precepto tan sólo se señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario, pero en él no se consagra la nulidad absoluta como sanción por su omisión.—3. Si no se trata de afirmaciones fundadas en hechos positivos, estatuye el artículo 595 del C. J. que las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que impliquen la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse. Aunque la ciencia de las pruebas enseña que lo que no puede ser materia de debate judicial es el hecho indefinido, sea éste positivo o negativo, la prueba sí es posible, tanto en el campo científico como en el de la técnica probatoria, cuando la negativa no es indefinida en la extensión de su concepto, sino que, antes bien, contiene en su seno uno o varios hechos positivos, bien definidos en sus lineamientos y condicionados por circunstancias fácilmente determinables de tiempo, lugar, modo, etc. Porque en tal evento, la negativa desaparece para ofrecer en el debate hechos positivos, conducentes para el ataque o la defensa, cuya existencia y verdad vienen a servir de fundamento al fallo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, abril doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1.—Celso Camacho contrajo matrimonio con la señora Felisa Almeida el 15 de septiembre de 1900, en la población de Molagavita.

2.—Celso Camacho presentó el 8 de no-

viembre de 1934 su testamento cerrado ante el Notario Segundo de la ciudad de Málaga. Fallecido el 14 de mayo de 1935, el albacea Temístocles Otero solicitó del Juez Tercero del Circuito de Málaga la apertura y publicación del mencionado testamento, pero sin presentar la copia de la escritura pública que con motivo de su otorgamiento ordena la Ley 36 de 1931. La señora Almeida de Camacho, viuda del causante, se opuso a las diligencias de apertura y publicación, fundándose en que no se había exhibido la copia de la escritura aludida.

3.—Tal oposición fue fallada contra las pretensiones de la cónyuge oponente, por estimar tanto el juez del conocimiento como el Tribunal, ante quien subió en apelación la providencia respectiva, que para practicar las diligencias de apertura y publicación no era preciso exhibir tal escritura, sino que bastaba que el testamento reuniera los requisitos exigidos por el artículo 1080 del C. C. Tal circunstancia de la omisión en la presentación de la escritura ordenada por la Ley 36 de 1931 viene a ser la cuestión fundamental de esta litis pendencia.

Juicio ordinario

Ante el Juez del Circuito Civil de Málaga presentó demanda ordinaria la señora Felisa Almeida viuda de Camacho contra Temístocles Otero — en su carácter de albacea—, Víctor Julio, Alcides y Gabriel Gómez o Camacho Gómez, menores de edad, representados por su madre Fidelina Gómez, Silvestre Carreño y Fidelina Gómez, suplicando se hicieran las siguientes declaraciones:

a)—Que es absolutamente nulo el testamento cerrado otorgado por Celso Camacho el 8 de noviembre de 1934;

b)—Que son ineficaces y sin ningún valor los fallos por los cuales se ordenó protocolizar el aludido testamento;

c)—Que es intestada la sucesión de Celso Camacho, a la cual concurre la demandante como cónyuge sobreviviente; y

d)—Que si los demandados se oponen, soportarán las costas del proceso.

Como fundamento de hecho de su acción señala en el punto noveno el siguiente: "En la confección del referido testamento de mi finado esposo se omitió la escritura pública de que tratan los cuatro primeros artículos de la Ley 36 de 1931, y no obstante esa omisión se abrió el testamento, que quedó incompleto, una vez que le hizo falta el instrumento público que ha debido extenderse inmediatamente después de firmada la nota sobre la cubierta".

Como basamento de derecho alega que ese instrumento notarial exigido por la Ley 36 es una solemnidad del acto y no una mera formalidad en los testamentos cerrados, sin la cual el acto no tiene siquiera un principio de existencia jurídica, al tenor del artículo 1740 del C. C.; y agrega que el artículo 1080 del C. C., que regula la forma de otorgamiento de los testamentos cerrados, quedó expresamente adicionado por el artículo 7º de la mencionada ley 36.

El juez a quo cerró la primera instancia en sentencia fechada el 8 de junio de 1938, en la cual se abstuvo de hacer las declaraciones pedidas en la demanda, porque "la ausencia de la escritura a que alude la Ley 36 de 1931 no puede causar nulidad, por cuanto en esa misma ley no se impone semejante sanción". Añade el juzgador fallador que "la misma forma de redacción del artículo 4º de la Ley 36 de 1931 induce a concluir que por él sólo se exige un requisito pero no se establece la nulidad como pena de la omisión de él".

La sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga entró a decidir de la apelación interpuesta por la parte actora contra el fallo anterior, y, surtida la tramitación, pronunció sentencia de segundo grado el 10 de marzo de 1939. En esa providencia que es la acusada en casación, se

confirma la absolutoria proferida en la primera instancia, a favor de la parte demandada. Sirven de fundamento al fallo del Tribunal las siguientes consideraciones:

"Debe observarse que la oposición de la señora viuda de Camacho a la diligencia de apertura no se apoyó en la omisión de la escritura, sino en la circunstancia de no haberla presentado con la solicitud de publicación, cosas muy diferentes. Y si bien es verdad que el no presentarla permite pensar que no existe, también lo es que la inferencia pierde gran parte de su fuerza por haber estimado el Juez y el Tribunal que tal presentación era innecesaria, exonerando así a los interesados de la obligación de acompañarla, caso de haber existido".

Sigue luégo el Tribunal haciendo algunas consideraciones sobre la interpretación que debe darse al artículo 595 del C. J., relativo a las negaciones, que no se demuestran por medio de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia pueda comprobarse, para llegar a la conclusión de que la negativa en que se funda esta demanda no es indefinida y su prueba era, no solamente posible, sino fácil. Su decisión absolutoria acaba por concretarla así: "Formulado así el principio, es obvio que a la señora viuda de Camacho le correspondía demostrar que no se otorgó la escritura cuya falta alega, y no a los demandados probar que sí existía, mucho menos cuando éstos no alegaron como excepción, o como oposición la existencia del documento citado". "En suma, sigue el Tribunal, la demandante no ha probado que al otorgarse el testamento cerrado del señor Celso Camacho se hubiera dejado de extender la escritura de que trata la Ley 36 de 1931, por lo cual la demanda no puede prosperar".

El recurso de casación

Contra esa sentencia se alzó en casación la actora, y alega la causal primera de las consagradas en el artículo 520 del C. J., acusando la providencia referida por ser violatoria de ley sustantiva, tanto por infracción directa como por aplicación indebida e interpretación errónea. Estima violados los artículos 472, 593, 595, 603, 630, 632 del C. J.; 6º, 18, 1757, 1760, 1740, 1741, 2652 y 2673 del C. C.; 34 y 57 de la Ley 153 de 1887; 2º de la Ley 50 de 1936; 1º, 2º, 3º, 4º y 7º de la Ley 36 de 1931, disposiciones que, a su decir, dejó de aplicar unas, y otras las aplicó e interpretó erróneamente en el caso del pleito.

Concreta el recurrente sus causales de acusación en los términos que pasan a exponerse:

Capítulo I.—La demandante, en el hecho noveno, que es el fundamental, no hace ninguna negación que se funde en hechos positivos, porque no los expuso ni afirmó. Unicamente dice que en la confección del testamento de su esposo se omitió la escritura que ordena extender la ley, porque no se presentó junto con el testamento, como lo ordena imperativamente el artículo 4º de la Ley 36. Ahora bien, la inexistencia de una prueba escrita que por mandato legal debe necesariamente figurar en un acto civil solemne, no se demuestra con otras pruebas, sino que resulta de la falta de la presentación misma del instrumento que debe contenerla. Exigir la prueba de que no se ha presentado otra prueba es injurídico e ilegal.

La exigencia del Tribunal de que la falta de la escritura ha debido probarla el demandante—continúa el recurrente—equivale a que si el testamento se hubiera presentado ante sólo cuatro testigos, tuviera obligación de demostrar con otras pruebas que había faltado un testigo, no obstante aparecer la omisión de las mismas diligencias de apertura y publicación. El artículo 595 del C. J. únicamente impone la carga de probar una negación, a quien la hace, cuando esa negación se sustenta en uno o varios hechos positivos; pero en casos como el de autos sí tiene el demandado que probar su negativa, desde luego que ésta se funda en el hecho positivo de

haber satisfecho la solemnidad que exige la ley.

Por estos conceptos el Tribunal incurrió en error de hecho evidente, por no haber apreciado como pruebas de la omisión las diligencias de apertura y publicación del testamento y al afirmar que la inexistencia de la escritura no está evidenciada de manera clara en el expediente. Considera infringidos directamente los artículos 593 y 595 del C. J., y los de la Ley 36 mencionados.

Capítulo II. — Continuando en el ataque de la sentencia, por los mismos motivos señalados, sostiene el recurrente que las omisiones o deficiencias consistentes en la falta de cumplimiento de requisitos legales exigidos para la solemnidad de ciertos actos de la vida civil, no necesitan probarse de manera especial, cuando de los mismos instrumentos o diligencias resulta con evidencia que uno o varios de los requisitos exigidos por la ley faltan en la prueba adecuada que el legislador ha ordenado. Si la ley ordena que al presentarse un testamento cerrado se otorgue una escritura (artículo 1º de la Ley 36 de 1931), y que copia de esa escritura debe acompañarse a la solicitud de apertura y publicación del testamento (artículo 4º, ibídem), la no presentación equivale a la omisión, y el incumplimiento de ese requisito esencial no tiene por qué ser materia de una prueba separada, como lo exige la sentencia, porque la omisión se pone en evidencia por sí misma.

Termina el recurrente por sostener que son los demandados quienes han debido demostrar que sí se otorgó la escritura de que trata la Ley 36, desde luego que del curso de las diligencias de apertura resulta evidente la omisión de tal formalidad esencial. Por tal omisión, estima violados directamente los artículos 1757 y 1760 del C. C., y 593 y 595 del C. J.

En los capítulos subsiguientes ataca el recurrente algunos otros pasajes de la sentencia, que estima también violatorios de los preceptos legales antes indicados; pero por tratarse de acusaciones que, en el fondo, coinciden con las ya expuestas a espacio, no se estima necesario reproducirlas.

Estudio de los cargos

Son dos las cuestiones fundamentales que corresponde estudiar para resolver si inciden los cargos formulados en casación, a saber: A) Si la escritura pública ordenada por la Ley 36 de 1931 es una formalidad esencial para la validez del acto de otorgamiento de un testamento cerrado y si la omisión de ese requisito origina nulidad absoluta del acto; B) Si está evidenciado en el proceso que se omitió la formalidad del otorgamiento de tal instrumento notarial.

— A —

Nuestro Código Civil, idéntico en estas normas al chileno, no requería para el otorgamiento del testamento cerrado otras formalidades que las señaladas en el artículo 1080; en ese precepto se consagra que lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz que aquella escritura contiene su testamento. El Notario expresará sobre la cubierta la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre y domicilio tanto del testador como de los testigos y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.

Más tarde la Ley 36 de 1931 vino a señalar un nuevo requisito a esta clase de actos de última voluntad. Al efecto, en el artículo 1º dispone que inmediatamente después del acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos la escritura que contiene su testamento, según el artículo 1080 del C. C., se deberá extender una escritura pública en que conste el lugar y fecha precisa del otorgamiento,

el nombre completo del Notario, del testador y de cada uno de los testigos, edad del otorgante, la circunstancia de hallarse en su cabal juicio, el lugar de su nacimiento y la nación a que pertenece. Se dirá allí también el estado y sellos de la cubierta.

Además de lo dicho, exige el artículo 4º de la aludida ley, que copia de esa escritura debe acompañarse a la solicitud de apertura y publicación del testamento.

Conocidas las dos formalidades consagradas por dicha ley para acreditar el otorgamiento de un testamento cerrado, es pertinente estudiar y decidir si las tales — otorgamiento de la escritura pública y su presentación en la diligencia de apertura y publicación — llegan a constituír formalidades esenciales para la validez del acto mismo.

Estatuye el artículo 1740 del C. C. que "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa" (subraya la Corte). El artículo 1741, ibidem, dispone que "la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas". (Subraya la Corte).

En conformidad con los anteriores preceptos, bien sabido es que los requisitos necesarios en determinados casos para el valor de los actos jurídicos, son de dos clases: internos o de fondo, y externos o de forma. De los internos no es procedente tratar en este pleito, ya que su existencia no viene a ser materia del litigio. Los externos, a su vez, se subdividen en formalidades esenciales para el valor y la existencia del acto, por la propia naturaleza de éste o por su gran trascendencia en las relaciones jurídicas, llamados ad solemnitatem; o en simples requisitos no esenciales, destinados a dar mayor autenticidad y fijeza al respectivo acto, con el principal objeto de facilitar su demostración y existencia, denominados ad probationem.

La formalidad de la escritura pública que exige la Ley 36 de 1931 para el otorgamiento del testamento cerrado, había sido antes establecida por nuestra costumbre, con la finalidad de darle mayor autenticidad y firmeza a la actuación ya consagrada por el artículo 1080 del C. C., para el otorgamiento del testamento cerrado. Sin que existiera norma legal que lo impusiera, era hábito corriente que el testador, una vez presentado al Notario, junto con los testigos, el pliego cerrado y sellado contentivo de su testamento, otorgara ante ese mismo Notario un escritura en la que dejaba constancia de las mismas circunstancias y detalles contenidos en la certificación notarial de la cubierta del testamento.

Posteriormente la Ley 36 elevó a norma positiva esta medida precautelativa; pero es indudable que tal requisito, meramente probatorio, no viene a constituír, en su fondo, una solemnidad o formalidad esencial que haga parte, por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia, que sí son verdaderamente esenciales para la existencia y validez del acto, son las señaladas y exigidas por el artículo 1080 del C. C., cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad, cuando dice que "lo que constituye esencialmente (subraya la Corte) el testamento cerrado" son los requisitos indicados en ese precepto, únicos, pues, esenciales, ad solemnitatem, necesarios para la validez del acto jurídico.

Dedúcese de lo expuesto que la formalidad de la escritura pública, a que se refiere la Ley 36, tiene como única finalidad preconstituír una prueba de carácter meramente descriptivo, tendiente a garantizar una mayor autenticidad del acto de la presentación del testamento cerrado y de la atestación notarial extendida en su cubierta. Con ese instrumento se persigue

evitar que el pliego cerrado que contiene el testamento pueda ser ocultado para burlar la última voluntad del testador; o demostrar cómo quedó efectivamente la mencionada certificación notarial sobre la cubierta, la que puede sufrir raspaduras, enmendaturas o alteraciones posteriores al acto de la presentación; o impedir que se niegue o ignore que se otorgó el testamento; o evitar que los testigos nieguen su intervención en él. En síntesis: tal instrumento es la promulgación del hecho de haberse otorgado el testamento.

Y si bien es verdad que el otorgamiento de tal escritura proviene ahora de un ordenamiento legal, para efectos exclusivamente probatorios — y es evidente que ese fue el fin perseguido por la ley—, no puede concluírse que su omisión acarree la nulidad absoluta del acto testamentario. Los artículos 1740 y 1741 del C. C. contemplan sólo el caso de que en acto o contrato se haya omitido una formalidad o requisito esencial, derivado de la propia naturaleza o de la trascendencia social del respectivo acto o contrato; y sólo la pretermisión de una formalidad de esa índole, exigida por la ley como requisito ad solemnitatem, puede originar un vicio de tanta trascendencia, que haga el acto inexistente desde su iniciación. Pero las formalidades externas de carácter exclusivamente probatorio, para asegurar una mayor autenticidad del acto jurídico, no pueden originar consecuencia tan grave y fundamental como la de dejar inexistente un acto de última voluntad, destinado a regular el patrimonio post mortem.

Agréguese a lo antes expresado que, como bien lo sustenta el juez de instancia, tanto la redacción como el espíritu del artículo 4º de la Ley 36 inducen a aceptar que en tal precepto tan sólo se señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario, pero en él no se consagra la nulidad absoluta como sanción por su omisión. Tampoco es pertinente alegar como fundamento de la inexistencia del acto acusado el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, ya que tal disposición legal no pudo aludir a causales de nulidad que durante su vigencia no llegaron a tener existencia y operancia en nuestra legislación civil.

— B —

Esta segunda cuestión, consistente en dilucidar si está evidenciado en el proceso que se omitió la formalidad de la escritura pública, bien podría pasarse por alto en casación, una vez aceptada la conclusión anterior. Pero por tratarse de un fenómeno importante en nuestra técnica procesal, es conveniente estudiarla siquiera sea someramente, para aclarar los conceptos de la doctrina sentada sobre esta materia por la sentencia acusada.

Preceptúa el artículo 593 del C. J. que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa.

Consagra esa norma sustantiva de nuestro derecho probatorio el principio indubitable de que en toda controversia judicial existe un diálogo probatorio que impone a cada parte el deber de evidenciar sus afirmaciones, sea que éstas tiendan a fundamentar el ataque o la defensa. Pero si no se trata de afirmaciones fundadas en hechos positivos, estatuye el artículo 595 del C. J. que las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que impliquen la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse.

Conviene alinderar el anterior concepto, ya que la ciencia de las pruebas enseña que lo que no puede ser materia de debate judicial es el hecho indefinido, sea éste positivo o negativo. Pero la prueba sí es posible, tanto en el campo científico como en el de la técnica probatoria, cuando la negativa no es indefinida en la extensión de su concepto, sino que, antes bien, contiene en su seno uno o varios hechos positivos, bien definidos en sus lineamientos y condicionados por circunstan-

cias fácilmente determinables de tiempo, lugar, modo, etc. Porque en tal evento, la negativa desaparece para ofrecer en el debate hechos positivos, conducentes para el ataque o la defensa, cuya existencia y verdad vienen a servir de fundamento al fallo. (Véase casación de 15 de julio de 1939. G. J. Tomo XLVIII, p. 400).

Esto en el campo abstracto o teórico, ya que si fuera el caso de aplicar tales principios a este pleito, habría que convenir que las omisiones o deficiencias consistentes en la falta de cumplimiento de ciertas formalidades legales, esenciales para la validez del acto jurídico, no requieren una demostración judicial especial, realizada con elementos probatorios distintos y separados del acto mismo. Esto es así porque la ley ha ordenado que tales formalidades estén contenidas en el acto o contrato cuya existencia legal está controvertida, y porque la omisión se pone de manifiesto por sí sola, por el solo hecho de su ostensible ausencia en los actos en que la ley exige su presencia. Si tales requisitos no vienen acreditados con el acto respectivo y son necesarios para su validez, mal podría exigirse la comprobación de su inexistencia por medios probatorios independientes y separados, puesto que la omisión fluye por sí misma de los elementos presentados.

Falle

No siendo de la naturaleza del acto mismo la formalidad cuya ausencia sirve de fundamento a este juicio, no existe violación de las normas legales señaladas por el recurrente como infringidas por la sentencia acusada. Quedan, por lo tanto, en pie los soportes del fallo que es materia del recurso; y es de rigor desechar las causales de ataque alegadas.

Como consecuencia 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, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el día diez de marzo de 1939, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS — AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivos de interés social y aun de orden público, ya por un empeño de tutela en amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello es la prohibición de renunciar ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; ejemplo son también de ello las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula penal, rebaja del interés inmoderado en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave (C. C., artículos 1291, 1601, 1946 y 2231). Estas situaciones, en su caso y en los análogos, no puede descuidarlas o abstenerse de considerarlas el juzgador.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, abril veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que falló en segunda instancia el juicio ordinario de los señores Julio Calle H. e Isidro Montaño contra la señora Eugenia Vélez de Jaramillo y las señoritas María Elvia y María Luz Amparo Uribe Vélez, seguido en la forma y con los fines que pasan a verse.

El señor Aurelio Vélez G. vendió a la sociedad Lucrecio Vélez & Cía. la tercera parte del terreno llamado Alpujarra ubicado en el barrio de Guayaquil de esa ciudad, por escritura número 759 otorgada ante el Notario 4º de allí, el 2 de agosto de 1922.

Creyéndose lesionado por lo bajo del precio, el vendedor se propuso incoar la acción correspondiente y contrató con el doctor Juan Ortiz Villa la secuela del juicio que éste gestionaría libre de gastos, para recibir en cambio la mitad de lo que Vélez obtuviese. Así se lee en la escritura número 687 de 26 de febrero de 1926, otorgada ante el Notario 2º de aquel Circuito. (Fols. 15 y 16).

Quedando los gastos por proveer, sobre ellos contrató Vélez con Julio Calle H. tal como reza el documento privado suscrito por ambos y testigos en Medellín el 25 de octubre de ese año (1926), cuyo original forma el folio 4 del cuaderno 1º de este proceso. Allí, después de citar la escritura de venta a Lucrecio Vélez & Cía., ya referida aquí, y de hablar del aludido juicio ordinario de rescisión de ese contrato por lesión enorme, del que se dice estar ya en curso, y después de hacer alusión al contrato antedicho de Vélez con Ortiz y de advertir que según este contrato son de cargo de Vélez los gastos y que no tiene recursos para ello, agrega en la cláusula segunda: ". . . . . Ha resuelto dar, como en efecto da, al señor Julio Calle H. la participación en el negocio de que se trata de un veinte por ciento (20%) sobre lo que le toque a él (Vélez G.) según lo que disponga la sentencia, con la obligación Calle H. de hacer todos los gastos en el juicio, como pago de peritos, papel, vehículos, etc., etc. Desde hoy se obliga el señor Vélez a darle a Calle H. el veinte por

ciento (20%) dicho, de tal manera que si hubiere de hoy en adelante alguna transacción en el negocio, el señor Calle H. tiene derecho a su veinte por ciento (20%) sobre lo que a Vélez le corresponda en ella".

Ese pleito lo ganó Vélez en sentencia de aquel tribunal fechada el 6 de julio de 1928, que la Corte Suprema se negó a casar en la de 4 de agosto de 1933 y que se registró el 5 de enero de 1934. (Fols. 27 y 28 del Cdno. 1º).

Aurelio Vélez murió el 12 de junio de 1928, dejando como heredero único a su madre, doña Lucrecia Gaviria de Vélez, quien falleció el 29 de septiembre de 1929. Las actas de estas defunciones se hallan formando el folio 18, ibídem.

Como se ve en la copia de los folios 1 y 2, la causa mortuoria de esta señora se protocoló con el número 941 en la Notaría 4ª de Medellín el 24 de mayo de 1930, y allí se inventarió entre sus bienes relictos el derecho suyo como heredera de Aurelio en razón del referido pleito por lesión enorme y este derecho se adjudicó en común a las herederas de ella, así: mitad a la señora Eugenia Vélez, casada con el señor Néstor Jaramillo, y una cuarta parte a cada una de las señoritas Elvia y Amparo Uribe Vélez, hijas del doctor Juan Uribe Williamson.

Calle cedió a Isidro Montaño la mitad de los derechos que le correspondían en virtud de su contrato con Vélez, según nota al dorso del documento privado antedicho (Fol. 4), fechada en Medellín el 16 de febrero de 1934.

Tras de pleito cuya sentencia adversa no fue exhaustiva, de suerte que no les agotó la acción, Calle y Montaño incoaron el presente, en el cual, basándose en el éxito del supradicho por lesión enorme y afirmando haberse hecho por Calle los gastos de su cargo conforme a su contrato con Vélez, demandan a las prenombradas señora Vélez de Jaramillo y señoritas Uribe Vélez, en su calidad de representantes actuales de Aurelio Vélez como sus causahabientes, a fin de que se hagan estas declaraciones: es auténtica la firma de este señor en ese documento; es válido el contrato contenido en él, cuyas obligaciones a cargo de Vélez debe cumplirlas su sucesión representada por ellas; ellas deben pagar a los demandantes el veinte por ciento estipulado en ese documento para Calle, y también las demandadas deben pagar las costas del presente juicio.

El Juzgado no entró a conocer en el fondo y se limitó en éste a negar las peticiones de los demandantes y también las de la contrademanda que oportunamente formularon las demandadas, por ilegitimidad de la personería de éstas. Entendió que al hablar el libelo de trasmisión a ellas por muerte de doña Lucrecia del derecho de Aurelio, se situaba allí el caso dentro del artículo 1014 del C. C., y sobre este pie, hallando que doña Lucrecia no había muerto en silencio sobre la herencia de su hijo, sino que la había aceptado, vio que esa trasmisión no se había producido.

El Tribunal corrigió ese error y encontrando que la demanda no tomaba la trasmisión a que se refiere en el sentido ceñido de ese artículo 1014 ni se situaba en su caso y que, de otro lado, habiendo obtenido y aceptado las demandadas la referida adjudicación del derecho de Aurelio, no puede conceptuarse ni procederse en forma distinta a la de que llevan las concomitantes obligaciones en la misma proporción en que llevan ese derecho, desechó la opinión del juzgador de primera instancia y entró a conocer en el fondo; pero, por las razones que se verán adelante, negó las súplicas de la demanda, salvo tan sólo la primera, acerca de la cual reconoció la autenticidad de la firma de Vélez en el documento privado antedicho.

Esas razones, son, en suma, que no está demostrado que Calle hiciera todos los gastos del referido juicio por lesión enorme.

Varios cargos hacen los recurrentes a ese fallo, por medio de su abogado, al fundar el recurso de casación, todos dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. De conformidad con el artículo 538 del mismo, la Corte se limita a estudiar el

que halla admisible y a casar en consecuencia la sentencia recurrida y reemplazarla como manda esta disposición legal.

Ese cargo es el de error de apreciación de ciertas pruebas demostrativas del cumplimiento de la obligación de Calle y el de consiguiente violación de las pertinentes disposiciones sustantivas, tanto las relativas al cumplimiento de las obligaciones de una y otra parte, como las atinentes a la carga de probarlo, entre ellas los artículos 1627 y 1757 del C. C.

El error consiste en haber pasado por alto el Tribunal las declaraciones de testigos que citan y analizan una a una, recibidas en legal forma y en su oportunidad, entre ellas principalmente las de los señores Jesús, Guillermo y Miguel Escobar T. (Fols. 22 a 25 del Cdno. 1º), quienes uniformemente y dando la razón de su dicho afirman que Calle atendió a esos gastos.

Así, Jesús (Fol. 22), afirma que Calle tenía para 1926 relaciones de negocios con Rafael Escobar T., hermano del declarante, y que Calle dio orden a Rafael de que suministrara al doctor Juan Ortiz Villa los gastos que éste le exigiera con el fin de adelantar un litigio que en ese tiempo había establecido el señor Aurelio Vélez G. contra la casa comercial de Lucrecio Vélez & Cía., pleito que el doctor Ortiz Villa gestionaba como apoderado de Vélez. Y agrega: "Este hecho me consta porque varias veces presencié al doctor Ortiz Villa reclamando dinero en la oficina del señor Diego Escobar mi padre en donde trabajaba el que declara (sic) en asocio de mi hermano Rafael, quien era el encargado de suministrar aquellos fondos, motivo éste para haberme impuesto del negocio celebrado entre mi hermano Rafael y el señor Calle H." El mismo declarante al responder el punto 3º del interrogatorio, dice: "Es igualmente cierto por conocimiento personal que tuve que el señor Rafael Escobar T. por orden de Calle H. aquél suministraba durante la secuela del juicio a que se refiere la pregunta anterior, dinero que recibía el doctor Juan Ortiz Villa unas veces y otras algún recomendado de él. Estos hechos me constan además porque con frecuencia veía los apuntes de mi hermano Rafael, apuntes que consistían en los dineros que éste daba al doctor Juan Ortiz Villa y aseguro con más certeza porque conocí el documento de contrato".

Análogamente, por no decir idénticamente, declara Guillermo Escobar (Fol. 24). Otro tanto cabe decir de la declaración de Miguel Escobar, quien además (Fol 25 vuelto) dice que aquello le consta porque en ese tiempo era él "cajero de la casa de mi padre Diego Escobar y era a mí a quien correspondía directamente suministrar aquellos fondos al doctor Juan Ortiz Villa o su recomendado".

El Tribunal no tuvo en cuenta sobre estos hechos tan trascendentales sino la declaración del doctor Ortiz Villa (Fol. 35), quien reconoció la carta dirigida por él a don Rafael el 5 de septiembre de 1928 pidiéndole $ 25 para aquellos gastos, la cual obra original en el proceso (Fol. 17), y agregó que este señor no sólo le dio entonces esa suma, sino antes le había suministrado otras que le pidió y a que Escobar atendía por la orden de Calle de que tal hiciera para todo gasto que ocurriera en el juicio ordinario por lesión enorme de que se ha hablado aquí y que Ortiz Villa detalla al rendir su testimonio.

El Tribunal, limitándose, como se dijo, a examinar y citar esta declaración, dice en seguida en su fallo:

"Del contexto de esta declaración podría deducirse que los gastos del juicio fueron hechos en su totalidad por el señor Calle H. tal como se comprometió. Pero hay que tener en cuenta, por otra parte, que el negocio subió a la H. Corte en recurso de casación sin que después de la sentencia del Tribunal se haya comprobado que el demandante pagó más que una pequeña suma de $ 25. Ningún desembolso se ha comprobado haber hecho Calle H. a partir del 5 de septiembre de 1928. Debe observarse también que sólo en el año de 1933 se profirió el fallo de la H. Corte que no infirmó la sentencia, lo que indica claramente que en ese intervalo de-

bieron hacerse los gastos por la parte directamente interesada. Los gastos de ahí en adelante han sido de consideración. No sería, pues, aceptable que por medio de simples declaraciones se pretendiera tener una prueba completa, sin que por otra parte conste la lista de los gastos de manera aceptable".

"No estando, de consiguiente, probado, como no lo está, que el demandante hizo todos los gastos del juicio hasta su terminación, su acción no puede prosperar. Podría sí sostenerse que hay un enriquecimiento sin causa desde el momento en que el demandante hizo algunos desembolsos para el juicio. Quiere decir que los interesados podrán pedir que esos gastos les sean cubiertos, presentando la respectiva cuenta documentada".

Estos conceptos del Tribunal exigen reparo, a más del decisivo ya dicho de haberse formulado con prescindencia de las demás declaraciones aducidas por los demandantes para acreditar el hecho fundamental de haberse atendido por Calle la obligación asumida por él. Ante todo, mediando el documento suscrito por él y Vélez, no está cerrada la puerta a las declaraciones de testigos como prueba, pues basta recordar que el artículo 93 de la Ley 153 de 1887 da esa entrada con sólo haber un principio de prueba por escrito, en su caso. A más de que se ignora la cuantía de los gastos, no es admisible afirmar que fueron cuantiosos los posteriores a dicho 5 de septiembre porque la sentencia de la Corte no llegara hasta 1933; apenas habrá para qué recordar que un pleito o recurso pueden ser costosos aunque cortos o no serlo aunque largos. Los $ 25 de ese septiembre pudieron ser suficientes y aun sobrados para los gastos que aún quedaran a la sazón de cargo de Calle, porque Vélez acababa de ganar el pleito en segunda instancia y, no siendo el recurrente en casación, el único gasto ulterior suyo vino a ser el del papel sellado del alegato como opositor. Más todavía: aunque el proceso diera base para afirmar que hubo gastos cuantiosos en ese lapso, no cabría la conclusión derivada por el Tribunal de premisa tan deleznable como al respecto lo es la duración del recurso, de que hubieron de hacerlos directamente los interesados.

El deber probatorio de los actores era ante todo acreditar el cumplimiento por Calle de las obligaciones que le impuso el contrato aducido por ellos como base de sus súplicas. Y, como queda visto, ese deber lo llenaron estableciendo con las plurales y satisfactorias declaraciones de testigos ya citadas y en lo pertinente trascritas, que por orden y cuenta de él se suministraron las cantidades que iba solicitando para gastos del juicio de lesión enorme el abogado de Vélez. Esos hechos conducen y bastan para la prueba en referencia. Una cuenta fiel y en lo posible documentada, que sería indispensable en lo general tratándose de cuentas, como las del mandatario, las del albacea, las del guardador, en el presente caso no es lo pertinente ni lo que puede exigirse como necesario, puesto que lo demandado no es la devolución del dinero pagado por Calle, sino el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Vélez como contrapartida de las asumidas por Calle. Así las cosas, lo procedente es la demostración de que éste cumplió las suyas, y esto fue lo que hizo por medio de aquellas declaraciones de testigos.

Las demandadas excepcionaron de incumplimiento alegando que Calle no había erogado nada y que, caso de haber erogado algo, esto no es el pago de todos los gastos, y deducen de ahí la imposibilidad legal de los demandantes de pedir lo que demandan, porque esta exigencia requería ese pago total como base sine qua non; de suerte que, no habiéndolos atendido todos, no importa contra ellas que hubiera atendido algunos.

Esta negación de las demandadas contiene a ojos vistas la afirmación de que hubo gastos desatendidos por Calle, y esta afirmación les imponía la obligación de precisar el gasto o gastos a que Calle faltó y la de demostrar que los cubrieron Vélez o sus causahabientes (C. J., artículo 595). Cuando Vélez contrató con Calle, ya

era abogado contratado para gestionar como tal el doctor Ortiz Villa; la obligación de Calle fue sólo la de hacer los gastos; éste, como se ha dicho repetidamente, los atendió a medida que el abogado los fue indicando; ya se vio que aun reputando como último pago para ellos el de los $ 25 de 5 de septiembre de 1928, esa cantidad era más que suficiente para lo que a la sazón quedaba por gastar al opositor en el recurso de casación. Las demandadas no demostraron ni siquiera mostraron tal o cual gasto preciso como omitido, o negado, o desatendido por Calle.

Esto significa que la excepción sobre incumplimiento, probado como está el cumplimiento, no puede prosperar.

Tampoco se acoge la de prescripción. Al respecto basta recordar que la citada sentencia de la Corte es de 4 de agosto de 1933 y agregar que la demanda inicial del presente juicio quedó notificada a las demandadas el 19 de mayo de 1936.

En su contrademanda las demandadas pidieron se declarara nulo el contrato entre Vélez y Calle por las estipulaciones sobre transacción que contiene. A más de que no se trata de éstas en el presente juicio, se observa que la contrademanda se negó en la sentencia del Juzgado y que ellas no apelaron de ese fallo.

La autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivos de interés social y aun de orden público, ya por un empeño de tutela en amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello es la prohibición de renunciar ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; ejemplo son también de ello las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula penal, rebaja del interés inmoderado en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave (C. C., artículos 1291, 1601, 1946 y 2231). Estas situaciones, en su caso y en los análogos, no puede descuidarlas o abstenerse de considerarlas el juzgador. Pero en el presente pleito se anota en ese particular que el contrato entre Vélez y Calle fue aleatorio. No sabían al celebrarlo cuánto habría de erogar Calle para los gastos, ni cuánto duraría el pleito, ni si la rescisión se decretaría, ni cuál quedaría siendo el precio señalado como justo y que hubiera de servir de término de comparación en el evento de que la acción prosperase. Calle ignoraba por cuánto tiempo su dinero invertido en ese negocio permanecería improductivo, a más de que, como se acaba de anotar, asumía el riesgo de no obtener nada en cambio y ni siquiera reembolsarlo.

Los reparos que a estos respectos hicieron las demandadas en su alegato de instancia confrontando grosso modo la totalidad de lo obtenible con la exigüidad por ellas afirmada de los gastos de Calle, no pueden admitirse en fuerza de las anteriores consideraciones. De paso se observa que ellas mismas afirman que los gastos del pleito fueron cuantiosos, si bien proceden así dentro de su aseveración de que no fue Calle quien los hizo; pero sobre esto ya se vio lo que él ha comprobado.

A esos respectos se advierte también que, si el contrato entre Vélez y el abogado Ortiz no es materia del presente juicio ni puede por lo mismo serlo de este fallo, tiene sin embargo que tomarse aquí en consideración, no en sí mismo ni mucho menos en lo atañedero a su efectividad y alcance entre ellos; pero sí en cuanto determinante de la intención de Vélez y de Calle al celebrar el contrato que sí se ventila en esta causa. Cuando Vélez contrató sobre gastos con Calle, ya había contratado sobre gestiones de abogado con Ortiz y así lo hizo constar en el documento con Calle. Por consiguiente, si aquí no cabe decir nada sobre Ortiz y su cuota, sí es preciso reconocer que el hecho de descontarse esta cuota se consideró como incontrovertible, cual si ya estuviese consumado, al celebrar Vélez y Calle su contrato. Esto significa que al sentenciar sobre la cuota de Calle, que es lo pertinente aquí, debe procederse sobre esa base,

en forma que, sin decirse nada ni saberse sobre si Ortiz llevará o no el cincuenta por ciento de que habla su escritura, de todos modos el veinte por ciento de Calle según su documento, se ha de tomar del cincuenta considerado como parte de Vélez al contratar con Calle.

Por lo demás, hasta sobra decir que cuando el documento dice que ese 20% será "de lo que le toque a Vélez", esta frase no puede abarcar el monto bruto de lo que reciba, sino que ha de hacerse un descuento previo de todo lo que sea de su cargo, como abono de mejoras por ejemplo. En el evento de recuperar los causahabientes de Vélez lo que éste vendió, porque opten los compradores por este término del dilema planteado en la sentencia, ocurriría la devolución de lo que Vélez recibió como precio, y esto habría de deducirse.

Es con las deducciones previas de esta fuente y con limitación al 50% antedicho como ha de entenderse lo pertinente de la parte resolutiva del presente fallo cuando se refiere a la citada locución "lo que le toque" a Vélez o les toque hoy a sus causahabientes, las demandadas.

Con las precedentes consideraciones quedan motivadas a la vez la casación del fallo recurrido y la sentencia que lo reemplaza.

Esa casación es parcial, porque el recurso fue interpuesto sólo por los demandantes y el fallo del Tribunal contiene una declaración que los favorece y que, así las cosas, no es materia del recurso siquiera y debe conservarse. Es la que habla de la autenticidad de la firma de Vélez en el documento.

Como ya se dijo, los demandantes fueron apelantes únicos de la sentencia de primera instancia, lo que determina que al reemplazarse hoy como queda dicho, no haya de tocarse lo que allá los favorece, que es la negación de la contrademanda.

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 parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio el veintiséis de abril de mil novecientos treinta y nueve, de la cual queda en pie el numeral 1º de su parte resolutiva que declara auténtica la firma del señor Aurelio Vélez G. en el documento privado suscrito por él y el señor Julio Calle H. en Medellín el veinticinco de octubre de mil novecientos veintiséis; y, revocando la Corte la sentencia de primera instancia, reemplaza aquélla, o sea, la de la segunda, en lo relativo a las demás súplicas de la demanda inicial del presente pleito, así:

La señora Eugenia Vélez de Jaramillo y las señoritas María Elvia y María Luz Amparo Uribe Vélez, en una cuarta parte cada una de éstas y en la mitad aquella señora, deben pagar sin intereses a los señores Julio Calle H. y su cesionario Isidro Montaño, por igual éstos entre sí, el veinte por ciento (20%) de lo que les toque a ellas como causahabientes del señor Aurelio Vélez G. en razón de la sentencia pronunciada por ese mismo Tribunal el seis de julio de mil novecientos veintiocho (1928) en el juicio ordinario sobre lesión enorme del mismo Vélez contra Lucrecio Vélez & Cía., al tenor de dicho documento privado.

No están probadas las excepciones opuestas.

No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

FILIACION NATURAL. — HISTORIA EVOLUTIVA DEL DERECHO SOBRE ESTA MATERIA EN FRANCIA.—CINCO CASOS EN QUE PERMITE LA LEY FRANCESA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. —HISTORIA SOBRE LA MATERIA EN COLOMBIA.—ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS LEGISLACIONES. — EL ESTATUTO PATRIO NO SEÑALO TERMINOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE INVESTIGACION. — LA MUERTE DEL PADRE NATURAL ES CAUSA DE EXTINCION DE ESA ACCION.—QUIEN ES LEGITIMO CONTRADICTOR, CONFORME A NUESTRA LEGISLACION, EN LA CUESTION DE PATERNIDAD.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936.—QUE INCIDENTES CABEN EN EL RECURSO DE CASACION.—PERSONERIA SUSTANTIVA.

1.—Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912, de suerte que las exposiciones de algunos expositores franceses tales como Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant sobre el particular tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. Mas difieren las dos legislaciones en relación con los términos procesales para el ejercicio de la acción de estado y con la viabilidad y procedencia de la misma. Nuestra legislación no señala, como la francesa, términos perentorios para el ejercicio de la acción de investigación y, en cuanto a la viabilidad de la acción de investigación contra los herederos del presunto padre natural no es una misma la doctrina, pues en tanto que los tratadistas y la jurisprudencia franceses no admiten el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, entre nosotros no cabe admitir lo mismo. Dentro del sistema normativo francés la doctrina y la jurisprudencia son rigurosamente lógicas. Tales doctrina y jurisprudencia, fundadas en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción.

2.—Los artículos 403 y 404 del Código Civil, a los cuales quiso darles estricta y obligatoria aplicación la ley 45 de 1936, son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad "*deberá intervenir el padre forzosamente*". En consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad. Aunque la Corte comparte, en principio, la tesis general sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia, en perfecta armonía con ella acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal. Tal excepción viene consagrada por los artículos 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente represen-

tan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de obscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darle aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

3.—En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en estos juicios al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera esta la única interpretación que pueda dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. Estima la Corte que al artículo 401 del C. C. no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona, "erga omnes", aunque no hayan estado representados en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Los fallos de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y esos fallos siempre producirán efectos "erga omnes".

4.—Estudiado detenidamente el precepto del artículo 12 de la Ley 45 de 1936 puede apreciarse fácilmente que el legislador quiso darle al ministerio público la categoría de parte demandante, ya que sólo menciona a las personas que pueden promover la acción de investigación, entre las que incluye al Ministerio público.

5.—En el recurso de casación, por su naturaleza de extraordinario, tanto en su origen como en su jurisdicción y tramitación, no cabe otro incidente que el de recusación, pues todos los otros son impertinentes dentro de su rígida secuela. En caso de que exista alguna causal de nulidad, capaz de invalidar la actuación anterior de instancia, sólo es permitido presentarla como motivo consagrado en el inciso 6º del artículo 520 del C. J., si tal nulidad viene determinada en el artículo 448 del mismo Código, para que se estudie y falle en la sentencia definitiva, calificadora del recurso.

6.—La capacidad de condición para ser parte se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas de derecho sustantivo; el elemento referente al presupuesto procesal de la legitimidad en causa figura entre los requisitos previos que deben reunirse para poder obtener una decisión judicial de fondo; y en esa virtud, no puede aceptarse que constituyan medios nuevos en casación, porque los presupuestos procesales deben ser necesariamente materia de discusión en las instancias, dado que ellos vienen a ser como el andamiaje que sostiene la armazón del debate y deben quedar establecidos forzosamente por el demandante, si éste quiere obtener un fallo definitivo en el proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Juicio ordinario.

En escrito fechado el 27 de agosto de 1938 pide el doctor Sinforoso G. Quiroga, como apoderado judicial de Jorge Hora-

cio Osorio, que previos los trámites de un juicio ordinario y con citación de la señora Tomasa Calderón o Centeno, vecina del Municipio de Naranjal, se declare que su mandante Jorge Horacio Osorio es hijo natural del señor Mateo Calderón o Centeno y que tiene derecho para intervenir en el juicio de sucesión de éste, que cursa en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Garzón; y es éste el mismo funcionario judicial ante quien presenta la demanda mencionada.

Aduce como hechos básicos de la acción los siguientes, que pasan a extractarse:

1º Que en los años de 1913 a 1916 Mateo Calderón o Centeno mantuvo relaciones sexuales estables con la señora Bárbara Osorio, madre de su poderdante, hecho que fue de pública notoriedad en el Municipio de Naranjal;

2º Que durante esos mismos años y hasta el día de su muerte, Calderón permaneció en estado de soltería y en ese mismo estado vive todavía la señora Osorio;

3º Que desde el nacimiento, el vecindario de El Naranjal reputaba al niño Jorge Horacio Osorio como hijo de Mateo Calderón o Centeno, porque con frecuencia visitaba la casa de éste señor, a quien designaba con el nombre de papá y de quien recibió atenciones como de hijo, en un período mayor de diez años;

4º Que después de algunos años, cuando Jorge Horacio tuvo edad competente, Calderón proveyó a su establecimiento y educación, colocándolo primero en el Colegio de La Mesa de Elías y después en el de Santa Librada de Neiva;

5º Que desde el nacimiento de Jorge Horacio en 1915, hasta la muerte de Calderón o Centeno en 1936, proveyó este señor a su sostenimiento y educación, reconociéndolo como hijo natural y presentándolo como tal ante sus amigos, deudos y relacionados.

La demandada negó el derecho del actor para establecer la acción propuesta y tampoco aceptó los hechos relacionados en el libelo, con excepción del segundo, pero sólo en lo referente al estado de soltería de Mateo.

Agotada la tramitación de instancia, el Juez a quo le puso término en sentencia de 6 de abril de 1938, en la cual hizo la declaración solicitada, de que Jorge Horacio Osorio es hijo natural de Mateo Calderón o Centeno, y que como tal, tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión de éste.

Funda esta decisión el Juez de primer grado en que consideró debidamente comprobados los hechos fundamentales de la demanda y la posesión notoria del estado civil de hijo natural que alegaba el actor.

En cuanto a la legitimidad de la personería sustantiva de la demandada Tomasa Calderón, el Juez la estimó suficientemente demostrada, y funda esta conclusión en los siguientes apartes de la sentencia:

"Cuando tal acción se encamina a que se declare judicialmente la paternidad natural, la demanda debe dirigirse contra el presunto padre, según el artículo 403 del C. C. en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936. Pero si éste ha muerto, como sucede en el presente caso, la acción se endereza contra la sucesión —artículo 404 del C. C. y 7º de la Ley 45 citada— como sucede con todas las obligaciones demandables, pues la muerte de aquél no hace imposible la comprobación de la paternidad que se le imputa".

"En el caso de autos Mateo Calderón o Centeno, presunto padre del demandante Osorio, murió en el año de 1936, según la partida de defunción presentada con la demanda. Esta se dirigió contra la señora Tomasa Calderón o Centeno, pero en el libelo no se dice si es heredera o sucesora de aquél. Mas como se trata de la declaración judicial de la paternidad natural y como muerto el presunto padre la demanda debe dirigirse contra sus herederos o sucesores, considera el suscrito Juez que debe entenderse que la señora Tomasa Calderón o Centeno ha sido demandada como representante del legítimo contradictor Mateo Calderón o Centeno, y

así lo afirma en su alegato de conclusión el señor apoderado del demandante".

La sentencia acusada.

La parte opositora no se conformó con lo resuelto por el Juez de primer grado y apeló de esa providencia, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Tramitado el recurso, dicha Superioridad cerró la instancia por medio de sentencia fechada el 30 de mayo de 1939, en la cual confirma la declaración de hijo natural que a favor del actor Osorio hizo el Juez de primer grado.

En esta providencia, que viene a ser la acusada en casación, el Tribunal abundó en los mismos razonamientos que hizo el Juez para estimar suficientemente demostrados los hechos fundamentales de la demanda, y en consecuencia, la condición de hijo natural declarada a favor del actor. Pero en lo atañedero a la personería sustantiva o capacidad para ser parte de la opositora, no hizo observación alguna al respecto, por lo que es de rigor deducir que prohijó en todas sus partes el razonamiento que sobre esta materia hizo el Juez a quo.

El recurso de casación.

Contra el fallo antes mencionado se alzó en casación el apoderado de la opositora, y acusa la sentencia por estimar que inciden las causales sexta y primera del artículo 520 del C. J. Así expone el recurrente los motivos en que funda su acusación:

Sexta causal.

Estima que la sentencia incurre en esta causal de casación por haberse dictado a pesar de la nulidad de que venía afectado el juicio, nulidad que hace consistir en no haberse citado a todos los que conforme a la ley debían concurrir a la controversia. Considera que debieron ser citados a este proceso: a) el padre presunto, porque siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad natural del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. Como el pretendido padre no fue citado, ni podía serlo porque había muerto, el proceso nació afectado de nulidad, ya que, muerto el presunto padre, no hay contra quién accionar; y como consecuencia, el derecho a la acción del pretenso hijo natural para hacerse declarar como tal, se extingue por este motivo.

b) Tampoco fue citado al juicio ni se le notificó ni dio traslado de la demanda al agente del Ministerio Público, según lo dispone el artículo 12 de la Ley 45 de 1936. Este precepto considera como parte en los juicios de filiación natural al agente del Ministerio Público y no distingue si tal intervención es exclusivamente en representación del demandante o si debe intervenir también como representante de la sociedad.

Estima infringidos por esta causal los artículos 403 y 404 del C. C., 7º y 12 de la Ley 45 de 1936 y 448 del C. J.

Primera causal.

Primer motivo.—La sentencia fue dictada con audiencia de Tomasa Calderón de Hermida, llamada al juicio en su calidad personal y en nombre propio, pero no como heredera o representante del presunto padre natural. La apreciación que el Tribunal hizo de la demanda comporta un manifiesto error de hecho, pues ya se vio que en el libelo dicha señora fue llamada a responder en nombre propio y no como heredera de Mateo Calderón o como representante de éste. Con ese error violó la sentencia los artículos 403 y 404 del C. C. y 7º de la Ley 45 de 1936, que determinan quiénes son legítimos contradictores en esta clase de controversias.

Segundo motivo.—Aún en la hipótesis de que el actor hubiera llamado al juicio a Tomasa Calderón de Hermida, como heredera y representante de Mateo Calderón, no era dicha señora contradictor legítimo en el juicio, y no podía, por tanto, hacerse contra ella o con audiencia de

ella la declaración de paternidad impetrada en la demanda. En apoyo de su tesis cita el recurrente la sentencia dictada por esta Sala el 24 de mayo de 1939; y agrega que aun cuando es verdad que la Corte, en la citada sentencia, enfocó restringidamente el problema de la personería en estos juicios a la parte actora o demandante, es incuestionable que la restricción que en ese fallo dedujo de las disposiciones legales allí citadas, es aplicable a ambas personerías, tanto de la que impetra la declaración de paternidad como de aquella contra la cual debe hacerse. Por este motivo de tacha considera infringidos directamente los artículos 403 y 404 del C. C. y 7º de la Ley 45 de 1936.

Tercer motivo.—Aún aceptándose que la opositora pudiera representar al padre fallecido, como heredera de éste, no está acreditado en la controversia el vínculo de parentesco que existía entre los dos.

Sostiene el recurrente que cuando el Tribunal dio por establecido ese parentesco con el auto de declaratoria de heredero dictado a favor de la demandada, incurrió en error de derecho en la apreciación de tal pieza del proceso, porque ese auto tiene un valor restringido al mismo juicio sucesorio en que se dictó y no tiene valor probatorio en ningún otro. No podrá sostenerse que los anteriores motivos de casación constituyen medios nuevos, inaceptables en esta clase de recursos, porque todos los extremos sobre que descansan las anteriores acusaciones, se refieren a la personería sustantiva del demandado o sea al presupuesto procesal de la legitimación en causa; y no se puede sostener que los presupuestos procesales no sean materia de discusión en las instancias, desde luego que ellos constituyen la base de la controversia y deben ser forzosamente establecidos por el demandante. Por este motivo de tacha considera violados los mismos preceptos antes citados.

Cuarto motivo.—Para decidir el Tribunal que el actor Osorio fue hijo natural de Mateo Calderón se limitó a la apreciación de las declaraciones de Daniel Penagos, Pedro Artunduaga y Jenaro Calderón. Quiere esto decir que para dar el Tribunal por establecida la filiación natural le basta que hubieran existido relaciones sexuales entre el supuesto padre y la madre del actor, y que Jorge Horacio hubiera nacido en fecha que haga presumir que fue concebido dentro de esas relaciones.

Agrega que según el artículo 4º de la Ley 45, no basta que tales relaciones hayan existido y que pueda presumirse la concepción dentro de ellas, sino que es necesario que las relaciones sexuales hayan sido estables y permanentes, sostenidas de manera notoria, circunstancias éstas en que no paró mientes el Tribunal. Cometió, por lo tanto, error de hecho evidente en la apreciación de esas declaraciones y violó directamente el artículo 4º de la Ley 45 tantas veces citada.

Quinto motivo. — El Tribunal acepta que con las declaraciones ya citadas y otras más, Jorge Horacio poseyó de modo notorio el estado civil de hijo natural de Mateo Calderón. Según el artículo 6º de la Ley 45, se posee tal estado cuando el respectivo padre o madre, en calidad de tal, ha provisto a la subsistencia, educación y establecimiento del respectivo hijo natural. Es indudable que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de tales declaraciones y en error de derecho al apreciar como prueba suficiente de la paternidad natural una posesión de estado que no se prolongó por los diez años continuos que exige la ley. Por este concepto estima violados directamente los artículos 398 del C. C., 4º y 7º de la Ley 45 de 1936.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Cuestión previa.

No hay nulidad de lo actuado en este recurso de casación, porque si bien el artículo 12 de la Ley 45 de 1936 señala como parte en esta clase de juicios al Ministerio Público, si se estudia detenida-

mente tal precepto puede apreciarse fácilmente que el legislador quiso darle la categoría de parte demandante, ya que sólo menciona a las personas que pueden promover la acción de investigación, entre las que incluye al Ministerio Público. Ahora bien, en este proceso el Ministerio Público no asumió ese carácter de parte actora, sino que ha iniciado y continuado la acción el ciudadano que aspira a que, por la vía judicial, se le reconozca ese estado civil. De manera que en este proceso es de rigor concluir que el Ministerio Público no es propiamente parte, ni con él se ha trabado directa y exclusivamente la litis pendencia. Fuera de lo dicho, el señor Procurador Delegado en lo Civil recibió el traslado de la demanda de casación y presentó un extenso y documentado alegato de oposición al recurso; de tal forma que el representante de la sociedad no ha quedado fuera del debate ni ha sufrido ningún quebranto en los intereses sociales que representa.

Además, en el recurso de casación, por su naturaleza de extraordinario, tanto en su origen como en su jurisdicción y tramitación, no cabe otro incidente que el de recusación, pues todos los otros son impertinentes dentro de su rígida secuela. En caso de que exista alguna causal de nulidad, capaz de invalidar la actuación anterior de instancia, sólo es permitido presentarla como motivo consagrado en el inciso 6º del artículo 520 del C. J., si tal nulidad viene determinada en el artículo 448 del mismo código, para que se estudie y falle en la sentencia definitiva, calificadora del recurso.

— I —

Al estudiarse los cargos formulados en casación, reclama el primer lugar, dentro del orden lógico que estatuye el artículo 520 del C. J., aquel que mira a la personería sustantiva o capacidad para ser parte de quien figura como opositora en este negocio, que en realidad se refiere a la condición que debe llenar el litigante para poder ser sujeto de un proceso. Antes de entrar en el fondo de esta cuestión controvertida conviene sentar dos premisas fundamentales, a saber: a) Que esa capacidad de condición para ser parte se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas del derecho sustantivo; b) Que el elemento referente al presupuesto procesal de la legitimidad en causa figura entre los requisitos previos que deben reunirse para poder obtener una decisión judicial de fondo; y en esa virtud, no puede aceptarse que constituyan medios nuevos alegados en casación, porque los presupuestos procesales deben ser necesariamente materia de discusión en las instancias, dado que ellos vienen a ser como el andamiaje que sostiene la armazón del debate y deben quedar establecidos forzosamente por el demandante, si éste quiere obtener un fallo definitivo en el proceso.

Definida tal cuestión, entra la Corte a estudiar la acusación presentada contra la sentencia de instancia, en el segundo motivo de la causal primera, que se hace consistir, como viene dicho, en la falta de capacidad jurídica de la demandada para ser parte en este juicio de filiación. Concreta el recurrente su tacha manifestando que, aun en la hipótesis de que se hubiera llamado a juicio a Tomasa Calderón o Centeno, como heredera y representante de Mateo Calderón, no era dicha señora contradictor legítimo en el juicio, y no podía hacerse contra ella o con audiencia de ella la declaración de paternidad natural impetrada por el actor Jorge Horacio Osorio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 403 y 404 del C. C., en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936.

— I —

La Corte considera:

Filiación natural. Evolución del Derecho en esta materia.

A)—EN FRANCIA

A través del derecho feudal europeo se

halla reconocido y consagrado el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado de derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y conocer a sus progenitores.

Así lo consagró el derecho francés de la antigua monarquía, pero tal régimen de la libre investigación de la paternidad vino a ser abolido por la Revolución Francesa, en la ley del 12 de Brumario, año II, promulgada por la Convención revolucionaria, que así procedió a pesar de haber sentado principios rígidos de justicia social e igualdad jurídica y de haber abolido todas las prerrogativas del sistema feudal.

Las razones que asistieron a la Convención para proceder con tan severo criterio nos las explican los expositores Planiol y Ripért en su "Traité Elementaire de Droit Civil", en esta forma: "En el antiguo Derecho, hasta la Revolución, la investigación de la paternidad era libre, aunque con fines distintos de los actuales, porque los bastardos carecían de derechos sucesorales: se dirigía al único objeto de obtener alimentos. Sin embargo, las acciones de investigación eran frecuentes. Los procesos de este género vinieron a ser, según la expresión de Bigot du Preameneu, el azote de la sociedad. Tronchet refiere que las muchachas que querían dar un padre a sus hijos, perseguían al más rico de los que las habían frecuentado. Cuando una muchacha se declaraba en cinta e indicaba un hombre como el autor de su embarazo, ese hombre era condenado sin remedio, con la simple afirmación de ella, a proveer provisionalmente a los gastos del parto de la madre y al mantenimiento del hijo. De ahí el adagio: Virgini praegnati creditur".

Expirada en Francia la etapa revolucionaria, el Código de Napoleón de 1804 consagró el mismo criterio revolucionario, al prohibir en el artículo 340 la libre investigación de la paternidad ilegítima, con la única excepción del caso del rapto. Al decir de los principales redactores de tan famosa obra, el antiguo sistema deshonró la justicia y asoló la sociedad. Tal norma prohibitiva se mantuvo en Francia hasta 1912, en que — atendiéndose a la opinión expresada por tratadistas y tribunales contra la inflexibilidad de la prohibición — se dictó la Ley de 16 de noviembre de 1912, que autoriza la investigación de la paternidad en cinco casos, aunque manteniendo implícitamente la prohibición en principio.

El eminente expositor Luis Josserand explica en su "Cours de Droit Civil Francais" tal evolución de derecho francés en materia de investigación de la paternidad. Dice así: "En nuestro antiguo Derecho la investigación de la paternidad era libre, y aun cuando no podía aspirarse a recoger una herencia, puesto que en aquella época no heredaban los bastardos, se utilizó de manera muy frecuente y abusiva. Por eso el derecho intermedio tuvo que reaccionar prohibiendo la investigación de la paternidad natural. El Código Civil siguió al derecho revolucionario en el sentido en que se había orientado.... La Jurisprudencia no podía hacer cosa distinta de inclinarse ante la prohibición formulada por razones de orden público.... Una campaña de protesta se inició contra el régimen del Código Civil, que consagraba el derecho del más fuerte, por escritores, dramaturgos, sociólogos y moralistas. Esta campaña tuvo su culminación en 1912, en que vino a autorizarse la investigación de la paternidad natural.... Esta ley, con espíritu de moderación de humanidad y de justicia, realiza una transacción aceptable entre los intereses antagónicos que se enfrentan en las relaciones extramatrimoniales. El dogma de la irresponsabilidad del padre natural se quebranta, sin que se abra la puerta a los abusos y a las tentativas de chantage..... La Ley de 1912 no cambió completamente la situación anterior; no abolió la regla que prohibe la investigación de la paternidad natural. Se limitó a consagrar importantes derogaciones al principio; pero la base no se cambió, y por consiguiente, la Ley de 1912 requiere interpretación restrictiva". (Págs. 679 a 681).

Los cinco casos en que permite la ley

francesa de 1912 la investigación de la paternidad son los siguientes:

"1º En caso de rapto o de violación, cuando la época del rapto o de la violación coincide con el de la concepción;

"2º En el caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un principio de prueba por escrito, según indica el artículo 1347;

"3º En el caso de que existan cartas u otro escrito privado cualquiera del presunto padre y de los cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad;

"4º En el caso de que el pretenso padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante el período legal de la concepción;

"5º En el caso de que el pretenso padre haya provisto o participado, en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo".

Comentando Planiol y Ripert esta reforma y la nueva redacción del artículo 340 del Código Francés, dicen que "la enumeración legal es limitativa y los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una filiación fuera de los casos previstos".

B) EN COLOMBIA

Calcado nuestro Código Civil en el proyecto primitivo de don Andrés Bello, todo su ordenamiento fue inspirado en el Código de Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español. Bajo tales influencias dividió la progenie en dos clases: hijos legítimos e ilegítimos, y dentro de éstos los de dañado y punible ayuntamiento, los naturales (ilegítimos reconocidos) y los simplemente ilegítimos. Eran hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, pero reconocidos por sus padres o por uno de ellos, reconocimiento que debía hacerse por instrumento público entre vivos o por acto testamentario. (Artículo 318 del C. C. derogado por el artículo 65 de la L. 153 de 1887).

Nuestro código no quiso adoptar el sistema prohibitivo del francés en lo relativo a la investigación de la paternidad, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario, de la libertad de investigación. Al efecto, todo hijo nacido fuera de matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres, en la forma anterior, podía hacer que su padre o madre lo reconociera, haciéndolo citar ante el Juez para que, bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. Tal investigación podía solicitarla el mismo hijo natural personalmente o por intermedio de cualquier persona que probara haber cuidado de su crianza. (Artículos 319 a 323 del C. C. derogados por artículo 65 de L. 153 de 1887).

Pero conviene advertir que tanto el reconocimiento voluntario de los padres naturales, como la declaración judicial de paternidad, estaban destinados a producir en el sistema de nuestro código limitados efectos jurídicos, tales como el deber de los padres de cuidar personalmente de sus hijos y atender a los gastos de crianza y educación, incluyéndose en esta última la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (artículos 333 y 334 del C. C. derogados por el artículo 75 de L. 153 de 1887).

La Ley 153 de 1887 incorporó en nuestra legislación civil modificaciones sustanciales al régimen consagrado por el Código en materia de filiación ilegítima. Ante todo, sólo otorgaba la condición y prerrogativas de hijo natural al nacido fuera del matrimonio que no proviniera, a la vez, de dañado ayuntamiento; quedando éstos, es decir, los adulterinos e incestuosos, al margen de toda protección de la ley, salvo la excepción del artículo 56 de la Ley 153 de 1887 respecto de los alimentos.

Igualmente adoptó este nuevo estatuto el sistema del Código francés, consagrando que el reconocimiento era un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce; lo que equivale a prohibir implícitamente la investigación de la paternidad en las uniones ilegales. Cuando el reconocimiento provenía de un acto voluntario, debía hacerse por instrumento público o por acto testamentario; debía ser

aceptado o repudiado por el hijo; podía ser impugnado por toda persona que probara tener interés actual en ello; y tampoco debía producir otros efectos que los de cuidar personalmente de los hijos naturales y atender a los gastos de su crianza y alimentación, incluídos los de la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. (Artículos 54 a 59, 61 y 62 de L. 153 de 1887).

Una sola excepción vino a consagrarse dentro de este nuevo régimen prohibitivo de la investigación de la paternidad, en el artículo 7º de la Ley 95 de 1890, al sentar la presunción de reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, los que en consecuencia tendrían el carácter de naturales con relación a su madre.

Este régimen restrictivo de la investigación perduró hasta que vino a ser modificado por el actual estatuto, consagrado en la Ley 45 de 1936, que autoriza la investigación y la consiguiente declaración judicial de la paternidad en determinados casos, taxativamente señalados en el artículo 4º de esta ley.

En virtud de la Ley 45 se abolieron las distinciones existentes entre hijos de dañado ayuntamiento, naturales o simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente como naturales los habidos fuera de matrimonio, cuando hayan sido reconocidos o declarados tales con arreglo a las normas de la misma ley.

— III —

Analogías y diferencias existentes entre las dos reformas.

Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los ya transcritos de la ley francesa de 1912, y por eso no es necesario reproducirlos. De tal analogía se desprende que los comentarios que hacen los expositores franceses Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, al rededor de los fundamentos de esas causales de investigación, tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. No es en esta materia donde la Corte considera que debe separarse del ilustrado criterio de tan doctos tratadistas, sino en otras en que sí existe positiva diferencia entre las dos reformas, porque la ley colombiana quiso consagrarlas.

Tales diferencias se refieren a dos extremos fundamentales, a saber: A) Términos procesales para el ejercicio de la acción de estado; B- Viabilidad y procedencia de la misma.

A). **Ejercicio de la acción de estado.**

Es ésta la primera cuestión en que la reforma colombiana se apartó de la francesa, porque mientras nuestra ley 45 no señaló términos perentorios y especiales para el ejercicio de la acción de investigación, sí los señaló el ordenamiento francés de 1912, determinando así estos plazos: dos años para la madre o el tutor dativo, que se cuentan desde la fecha del parto, si no ha habido concubinato notorio (ordinal 11); en caso de haber existido éste o cuando el padre ha contribuído al mantenimiento o educación del hijo, los dos años se cuentan desde la cesación de las relaciones (ordinal 12); si la acción no ha sido intentada durante la menor edad, tiene el hijo un año para promoverla, contando desde cuando llegue a la mayor edad (ord. 13).

Colin y Capitant, en su "Cours de Droit Civil", explican de esta manera el fundamento de tales plazos restrictivos señalados por la ley francesa para el ejercicio de esta acción: "La ley de 16 de noviembre de 1912 ha incluído igualmente en un plazo bastante breve el ejercicio de la acción que en ella se organiza. Considera que importa no dejar al pretendido padre bajo la amenaza indefinida de un proceso. Por otra parte, las legislaciones extranjeras señalaron el camino a la nuestra concediendo un plazo bastante corto a la investigación (Suiza e Inglaterra: un

año; Bélgica: tres años; Holanda y Alemania: tres años)".

Esta marcada diferencia existente entre la ley francesa y la nuestra, tiene trascendental importancia para poder apreciar con toda claridad por qué en Francia sí se puede enderezar esta acción contra los herederos o causahabientes del padre fallecido, y en Colombia no es esto posible, dentro del ordenamiento legal que rige esta materia. Esto se explica, entre otras razones que luégo se expondrán, porque en la ley francesa los plazos breves y perentorios señalados para el ejercicio de la acción, no pueden modificarse ni menos suspenderse o extinguirse por la muerte del padre; de ahí que con la más rigurosa lógica los tratadistas y la jurisprudencia franceses no admitan el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, cuando esta muerte ocurre pendientes aún los términos legales para el ejercicio de la acción.

3) Viabilidad y procedencia de la acción de estado.

El señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene la tesis contraria a la expuesta, y arguye que en Colombia también es viable la acción de investigación contra los herederos del presunto padre, fallecido antes. Se funda en el concepto de ilustrados comentadores franceses, y transcribe el de Savatier, quien, en su obra "La Recherche de la paternité", sostiene que, aunque la muerte del presunto padre hace más difícil la situación procesal de la parte demandada, no se opera la extinción de la acción porque la ley francesa nada en contrario estatuye sobre el particular, y porque siendo taxativa la inadmisibilidad, no se puede suplir por interpretación el silencio de la ley.

Considera la Corte que dentro del sistema normativo francés son rigurosamente lógicos los anteriores comentarios. Pero tal doctrina y jurisprudencia, fundados en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio — éste es el argumento básico de la tesis sustentada en este fallo— la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción, como pasa a demostrarlo la Sala.

El artículo 7° de la Ley 45 de 1936 dispone que son aplicables a las controversias sobre filiación natural los artículos 401, 403 y 404 del C. C. Estos dos últimos preceptos son de este tenor:

Artículo 403. "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo".

"Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad".

Artículo 404.—"Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos, que, citados, no comparecieron".

Los anteriores textos son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad "deberá intervenir el padre forzosamente", (subraya la Corte) so pena de nulidad.

Es evidente que esos preceptos del Código Civil fueron dictados para regular los litigios sobre filiación en general; pero como la Ley 45, que viene a reglamentar la filiación natural sobre nuevos postulados de justicia social, estimó prudente darles estricta y obligatoria aplicación en controversias de esta última naturaleza, ningún recurso de sana lógica puede ofrecer otra interpretación, distinta a la de

que son obligatoriamente aplicables al caso de autos; en consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad.

Sostiene el Procurador Delegado, en su memorial de oposición, que tal interpretación dada al artículo 7º de la Ley 45 de 1936 es fruto del criterio exegético, porque "es norma de derecho procesal que puede ser sujeto pasivo de una acción civil todo aquel que ostente un interés jurídico en la oposición. Para que el ejercicio de una acción civil se sustraiga a esta norma general — agrega — es indispensable que un precepto expreso y claro de la ley así lo establezca. Un precepto tal es de excepción y de limitada interpretación y aplicación". Más adelante dice: 'No hay texto legal claro y expreso que consagre la extinción de la acción en referencia por muerte del pretendido padre. El recurrente saca esta conclusión interpretando extensivamente los artículos 403 y 404 del C. C. Pero según lo anteriormente dicho, tratándose de un caso de excepción a las reglas generales del derecho procesal, toda interpretación ha de ser restringida".

Considera la Corte que carece de fundamento la glosa que hace el representante del Ministerio Público, de que se aplica un criterio exegético al aceptarse la anterior conclusión. Comparte, en principio, la tesis general que acaba de transcribirse sobre legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico; y en perfecta armonía con ella, acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal, de que todo el que tenga interés jurídico en los resultados judiciales de una acción, puede accionar u oponerse en el respectivo proceso. Tal excepción viene consagrada por los artículos 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialética que tenga la operancia de obscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Son preceptos de excepción, es verdad; y limitados como se quiera en su interpretación y aplicación, siempre conducen, dentro del criterio hermenéutico más científico, a limitar en estos juicios el papel de opositor al padre, contra quien debe enderezarse la demanda e iniciarse, cuando menos, el litigio.

Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darle aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

Considera el vocero del Ministerio Público que admitir el término extintivo de la acción de investigación de la paternidad es ir contra los fines sociales de la ley, que los consagra con absoluta independencia de la voluntad del padre. A tales observaciones observa así la Corte:

a) La ley francesa, que en parte se tuvo en cuenta al dictarse la Ley 45, estableció, esa sí, términos cortos de prescripción de tal acción, "para no abrirle la puerta a los abusos y a las tentaciones de chantage", como dice Josserand; de donde se desprende que el pensamiento de los autores del sistema no era crear un medio de investigación judicial que sometiera sin restricciones al presunto padre o a sus herederos o causahabientes a las amenazas de una inquisición indefinida; b) Limitar implícitamente su ejercicio a la vida del pretendido padre no es someter a

su voluntad los resultados del proceso, porque éste no tiene poder de limitar su existencia, que puede ser longeva; c) El alto fin social de la Ley 45 es proteger a la progenie extramatrimonial y desamparada, tutelándola contra el abandono paterno o el olvido de elementales deberes impuestos por la naturaleza; pero tal protección no debe extravasar los límites de la necesidad, ni convertirse en constante amenaza de la familia, otorgándole a los aspirantes temerarios de herencias un instrumento eficaz para perturbar el ritmo de los hogares, cuando una vez fallecido el presunto padre, se hace más difícil y expuesta a errores la investigación de la paternidad.

De allí que las legislaciones más avanzadas, como las de Francia, Suiza, Holanda, Bélgica, Inglaterra y Alemania, hayan establecido plazos precisos y cortos para la extinción de la acción, a efecto de concretar el debate dentro de limitaciones cronológicas que hagan factible la investigación de la paternidad. La ley colombiana no ha fijado términos especiales para su ejercicio, pero estimó necesario la presencia del pretendido padre en el debate, y por eso actualizó para estos casos la aplicación de los artículos 403 y 404 del C. C.

Hay otro argumento del Procurador Delegado que conviene estudiar para apreciar su carencia de operancia al caso de autos. Dice que el legítimo contradictor de que habla el artículo 403 "considerado en la persona física del pretendido padre, es únicamente para los efectos jurídicos procesales de que tratan los dos artículos anteriores a saber, para que el fallo sobre filiación produzca efectos erga omnes, y nó únicamente respecto de las personas que han intervenido en el juicio".

No alcanza a ver la Corte en qué funda esta trascendental distinción el señor Jefe del Ministerio Público al sostener que un fallo judicial sobre filiación solamente produce efectos erga omnes cuando se dicta contra el padre como legítimo contradictor; pero que ese mismo fallo produce efectos limitados a las partes cuando se pronuncia contra los herederos o representantes del pretendido padre. Bien estudiados tales preceptos se ve que no consagran ellos tan importante diferenciación sobre las resultas del proceso; y donde la ley no distingue, no le es lícito hacerlo al juzgador.

Lo que se desprende de tales preceptos es una consecuencia jurídica bien distinta de la deducida. En el artículo 403 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en este juicio al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera esta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre.

Estima la Corte que al artículo 401 del C. C. no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona aunque no hayan estado representadas en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Quiere esto decir que con tales preceptos sólo se ha querido consagrar una excepción a lo establecido en los artículos 17 del C. C. y 473 del C. J., que limitan los efectos relativos de los fallos judiciales respecto de las personas que han intervenido en el proceso. Los de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor,

so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos erga omnes.

— IV —

Las relaciones del progenitor al procreado comprenden como es obvio dos términos o factores esenciales, el del padre y el del hijo, y entrañan dos fenómenos legales: la paternidad respecto del primero, la filiación respecto del segundo.

Estos dos fenómenos se traducen o dan nacimiento al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, que pueden dividirse en dos grandes categorías: a) la de impugnación del estado civil del hijo legítimo, estado constituído, y b) la encaminada a obtener un estado civil no constituído previamente. Como ejemplo de la primera categoría está la impugnación de la legitimidad del hijo; como ejemplo de la segunda, la investigación y declaración de la paternidad natural.

En el primer caso se parte de la existencia de un acto normal y legal, el matrimonio, que con su presunción **pater is est quem nuptiae demostrant**, ampara y cobija la legitimidad de los hijos nacidos de esa unión normal y permanente por su naturaleza. De ahí que sólo destruída tal presunción, surja la ilegitimidad del hijo. La regla, pues, en el matrimonio es la legitimidad; la excepción, la ilegitimidad.

En las uniones libres en donde no se presume legalmente la fidelidad de la mujer y que no son permanentes por su naturaleza, y esto es lo que distingue el matrimonio del concubinato, según apuntan los autores, el fruto de aquéllas, no puede adquirir el estado civil de hijo natural, por presunción, que ampare esa unión, sino que es preciso por medio de pruebas adecuadas, convertir el estado civil o situación irregular o anormal, que esa sí se presume, en un estado civil regular, el de hijo natural, el cual pasa, en ese caso, a un estado civil constituído, dejando cuando eso suceda su condición de ilegítimo.

Las acciones comprendidas en las dos categorías anteriores, son restrictas, por su naturaleza, desde el punto de vista del tiempo y de las personas que pueden ejercitarlas, y entrañando cuestiones de orden público que van anexas a la tranquilidad y seguridad de la familia, se diferencian, en su ejercicio y hasta en su modo probatorio, de las demás acciones legales, diferencia principal que consiste en que el principio de que toda persona que tiene un interés jurídico, puede ejercitar la acción correspondiente, tiene una marcada excepción.

Esa es la razón por la cual el legislador colombiano, teniendo en cuenta los anteriores principios, sienta la norma del legítimo contradictor en los juicios tanto de impugnación de la legitimación, estado constituído, como en los de declaración de la calidad natural de un hijo, estado no constituído.

Mas no paran aquí las diferencias de las acciones de estado civil a que se viene haciendo referencia, con las demás acciones legales, sino que aquéllas tienen una configuración jurídica que les es propia y exclusiva.

En primer término, no pudiendo hacer nada de lo relacionado con el estado civil de las personas materia de transacción ni menos de cesión, los derechos emanados de ese estado no pueden cederse ni tampoco ser ejercitados por personas diferentes de quienes tienen esa calidad, lo cual no pasa con los derechos emanados de las demás acciones. El estado civil de las personas lo regula la ley, y los particulares no pueden a ese respecto sino someterse al estatuto, porque no dependen de la autonomía de la voluntad; al paso que los actos jurídicos entran dentro de la esfera de esa autonomía, y por eso los particulares pueden regularlos, no teniendo como límite sino el orden público o las buenas costumbres.

El estado civil de las personas no se adquiere ni se pierde por prescripción, puesto que lo que existe al respecto es el pla-

zo legal que hace imposible, ya la acción de impugnación, ya la de reconocimiento de la calidad de hijo natural,—como sucede en la legislación francesa—, plazo establecido por motivos de seguridad social, imposible como es mantener al respecto un estado de cosas de carácter indefinido.

No siendo transmisibles las acciones de estado civil ni este estado mismo, los herederos de un causante no adquieren la personería de aquél para reclamar un estado civil que éste no reclamó, ni están sujetos a las controversias a que pudo estar sometido su causante en vida, por una reclamación de estado civil a favor o en contra de él.

Esto depende del carácter estrictamente personal de las acciones derivadas del estado civil y de que éste termina con la muerte de la persona; las obligaciones transmisibles de un causante son las preconstituídas por éste, bien por su propia voluntad, ya por ministerio de la ley, pero nunca las de su estado civil.

Por eso no vacilan los autores y la jurisprudencia en sostener que muerto el hijo que tenía acción para investigar la paternidad, sus herederos no heredan esa acción, y así lo ha sostenido esta Corte en sentencia de fecha 24 de mayo de 1939.

Las sentencias que fallan sobre un estado civil producen efectos erga omnes, o sea, que quien adquiere ese estado resulta vinculado no solamente con su padre sino con los parientes de éste; por el contrario, quien lo pierde, cuando el fallo es sobre impugnación, esa relación de parentesco que existía antes se extingue no sólo respecto del padre sino de los parientes de éste.

No puede por eso sostenerse que el reconocimiento de un estado civil, como el de hijo natural, no tiene sino efectos meramente patrimoniales y no constituye una vinculación de parentesco sino respecto del padre, porque el estado civil tiene una trascendencia mucho mayor que el concepto patrimonial, puesto que abarca y comprende las relaciones de familia. No se comprende en verdad como establecida la filiación natural de un hijo por un fallo judicial, pudiera éste contraer matrimonio con una de las hijas del padre a quien se le ha impuesto ese reconocimiento. Además, el concepto patrimonial, considerado en sí mismo, no constituye un deber del padre respecto de los hijos, porque si el padre está obligado a alimentar, corregir y educar a éstos, no está obligado a dejarles bienes que formen luégo la masa herencial.

Siendo tan grave y trascendental la impugnación de un estado civil o la constitución de otro distinto del actual que se posee, y diciendo esta constitución una relación directa entre progenitor y procreado, la intervención del primero, sea como demandante, sea como demandado, es de todo punto necesaria e indispensable. Por eso los dos factores que constituyen la relación de paternidad y filiación deben intervenir en esta clase de juicios, y sería muy grave y funesto para las relaciones de familia sostener lo contrario, pues se llegaría a que extraños pudieran venir a crear una relación de esa clase, que no compete sino a los ligados entre sí por una relación de parentesco.

— V —

Del estudio que acaba de hacerse deduce la Corte la conclusión de que estas acciones de estado relativas a la filiación, denominadas acciones de investigación o de declaración de la paternidad o de la maternidad, no pueden ejercitarse como generalmente sucede con las demás acciones judiciales, por todo el que tenga un interés en ella; ni tampoco puede ser sujeto pasivo de una acción de estado sobre filiación todo aquel que ostente un interés jurídico en la oposición; porque si bien es verdad que esa es la regla ordinaria de nuestro derecho procesal, en el ejercicio de estas acciones de estado debe aceptarse tal excepción, por razones éticas de orden superior estrictamente vinculadas a la tranquilidad familiar y a la buena or-

ganización social, que llegan a asumir el carácter de motivos de orden público.

De manera que el principio general procesal de que todo interesado puede accionar o ser opositor con legitima personería, sufre una excepción en estos juicios de filiación, porque la ley expresamente ha reservado, como viene ya visto, tanto el ejercicio de las acciones de estado como la personería sustantiva del demandado a determinadas personas y lo niega a otras, estatuyendo en este caso que sólo puede ser legítimo contradictor el hijo contra el padre o el padre contra el hijo. El acceso a la vía legal, cuando se trata de obtener judicialmente una declaración o reconocimiento de paternidad, sea legítima o ilegítima, está expresamente reservado en nuestra legislación civil al hijo que la solicita, con audiencia del padre o madre que se opone. Si no va enderezada contra éstos directamente, y los tales no han sido notificados de la demanda o comparecido antes de fallecer, tal acción no puede prosperar, porque una decisión contraria equivaldría a desconocer lo consagrado de manera terminante por los artículos 403 y 404 del C. C., que vienen a tener plena aplicación y procedencia en juicios de filiación natural, por mandato del artículo 7º de la Ley 45 de 1936.

Fallo

Resulta de lo expuesto que al pronunciar la sentencia acusada la declaración de paternidad natural a favor de Jorge Horacio Osorio, con citación de la demandada Tomasa Calderón de Hermida, aun aceptándose que ésta fuera llamada al juicio como heredera o representante de Mateo Calderón, violó por infracción directa los artículos 403 y 404 del C. C., en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936, desde luego que en un proceso como éste sólo podía ser legítimo contradictor el presunto padre. De tal violación se desprende la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte opositora, causal de tacha señalada en el segundo motivo de la demanda de casación. Es de rigor quebrar la sentencia que ha sido acusada, y, al entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia, absolver a la demandada, por carecer de capacidad jurídica para ser parte en un juicio de esta índole.

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el día 30 de mayo de 1939, y previa revocatoria de la de primer grado, pronunciada por el Juez 1º del Circuito de Garzón el 6 de abril de 1938, absuelve a la demandada Tomasa Calderón de Hermida de todos los cargos formulados en este litigio.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

Hernán Salamanca, Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta — El Conjuez, Víctor Cock; el Conjuez, Carlos Arturo Torres Pinzón.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO TAPIAS PILONIETA

La opinión de la mayoría falladora, me inspira un profundo respeto. Pero pesadas y medidas en mi conciencia las razones en que se apoya, las encuentro notoriamente frágiles y deleznables. Y no obstante mi anhelo por descubrirles asidero, llevado por el acatamiento que me merece la indiscutible autoridad científica de todos y cada uno de los miembros ilustres de aquella mayoría, no han calado esas razones en mi convicción. Por lo cual tengo que exponer a continuación los fundamentos de mi voto adverso al fallo anterior, que fueron los mismos que me sirvieron para atacar el proyecto en las numerosas sesiones que la Sala tuvo para decidir el recurso.

La Ley 45 de 1936 es de protección y favor hacia los hijos naturales, a tal punto que el hijo natural está colocado en el mismo plano que el hijo legítimo en cuanto a la protección que le debe el padre, pues a éste le corresponde suministrarle alimentos cóngruos que sólo se debían antes al cónyuge, a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos, a la mujer divorciada sin culpa suya y a quien hizo una donación cuantiosa.

La ley además de autorizar la reclamación del reconocimiento de un estado civil, tiene también un alcance patrimonial. Impone obligaciones al padre: velar por la subsistencia y educación del hijo natural. Y muerto el padre el hijo natural entra a heredarlo, aún en concurrencia con los hijos legítimos, sólo que el hijo natural lleva la mitad de la cuota del hijo legítimo.

Es indudable asimismo que la sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa. Para demostrar esto basta leer las cuatro causales que dan derecho al reconocimiento judicial. El hijo que está en alguna de esas cuatro causales es ya hijo natural; sólo que en caso de que el padre se niegue a reconocerlo viene la sentencia judicial a declarar el hecho.

De consiguiente, muerto el padre subsiste el derecho del hijo a obtener el reconocimiento, porque la voluntad del padre en nada afecta la vigencia de ese derecho, como quiera que el reconocimiento no depende de la voluntad del progenitor; puede hacerse judicialmente aún contra su querer.

De ahí que en Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a obtener la declaración de su filiación natural después de muerto el padre. Planiol y Ripert con la colaboración de Rouast, para no citar sino estos autores, dicen en el Tomo II de su obra, número 921: "Después de la muerte del padre, puede intentarse la acción contra los herederos. Ya que el precepto no establece reserva alguna sobre este punto, debemos aplicar el derecho común. Cierto es que en el transcurso de los trabajos preparatorios, se dijo que la acción es personal en cuanto se refiere al demandado y que no puede ser iniciada después de su muerte (informe Violletc, Doc. parl. Cámara, 1911, pág. 1439); pero esa opinión debe ser considerada como personal para su titular puesto que fue replicada por varios oradores en el debate en el Senado (principalmente por el mismo Relator. V. Senado J. Offic. 15 junio). En lo que sí hay unanimidad en los comentaristas de la ley es en cuanto a decidir que la acción puede ejercitarse contra los herederos después de la muerte del padre (Wahl, Bartin, Lavollé, Brun, Chevalier). Igual solución ha sido admitida sobre este punto en todas las resolu-

ciones judiciales hasta ahora".

En Colombia la opinión de los grandes autores franceses no puede ser repudiada bajo ningún pretexto, porque aquí como en Francia impera el principio de que el heredero es el continuador jurídico de la persona del causante, y hoy día aquí como allá la filiación natural declarada judicialmente también se ha convertido para el hijo en fuente de vocación sucesoral con respecto a la herencia del padre, aún en concurrencia con los hijos legítimos.

Pero en Francia con el objeto de evitar, como dicen los mismos autores, que un hombre permanezca indefinidamente bajo la amenaza de una investigación de paternidad que, bajo la forma de chantage, pueda usarse contra él o sus herederos, los mismos legisladores que expidieron la ley de 16 de noviembre de 1912, encerraron la acción dentro de plazos muy breves "con el objeto de hacer más seguras las pruebas que se aporten".

La ley francesa después de declarar, como la colombiana (artículo 12 de la Ley 45), que la acción no pertenece sino al hijo, dice que durante su menor edad, la madre aún menor puede intentarla, pero dentro de los dos años siguientes al parto. En los casos previstos en los incisos 4º y 5º de la ley francesa, correspondientes a los casos 4º y 5º de la ley colombiana, la acción puede ser intentada dentro de los dos años que siguen a la cesación de la vida sexual notoria y pública de los padres, o de la prestación de atenciones por el padre al hijo, como tal. Si la acción no ha sido intentada durante la menor edad del hijo podrá ser intentada durante todo el año siguiente a su mayor edad.

Desgraciadamente entre nosotros los autores de la Ley 45, al copiar lo pertinente de la ley francesa omitieron expresamente los plazos de prescripción que la complementan, dejando así la acción sin términos de prescripción. Esto que acarreará a no dudarlo las graves consecuencias que anotan los autores franceses, de inseguridad y perturbación social permanente, toca corregirlo al legislador. A la Corte le está vedado determinar plazos de caducidad o de prescripción que el legislador no quiso crear. Está en presencia de un hecho imposible de interpretar de manera distinta a como lo quiso expresamente crear la ley colombiana.

En mi concepto la teoría legal del legítimo contradictor consagrada por los artículos 401 a 403 del Código Civil colombiano, la cual debe entenderse incorporada para regular la materia de la filiación natural, por la referencia que a esas disposiciones hace la Ley 45 (art. 7º), nada tiene que ver con el derecho que el hijo tiene de ejercitar la acción de reconocimiento contra los herederos del padre. Tales preceptos regulan los efectos de la cosa juzgada de los fallos sobre estado civil, y en tratándose de las cuestiones sobre filiación natural contempladas por la Ley 45, deben tomarse con el alcance y con el sentido que les da el mismo código, en nada distinto de un alcance enteramente procesal.

En el problema que confronta la Corte no hay problema de cosa juzgada porque no hay ninguna otra sentencia anterior que se oponga por algún aspecto a la que está por dictarse. No se ha propuesto la excepción correspondiente. Luego está fuera de lugar traer a cuento la cosa juzgada.

Sin una sola excepción se ha entendido por autores chilenos y colombianos, que lo que significan los artículos 401 a 404 del C. C. (315 a 318 del código de Chile), es que si la sentencia dictada en pleitos de filiación legítima ha sido contra legítimo contradictor—el padre o la madre—la sentencia tiene efecto erga omnes. Mas si no ha sido dictada contra legítimo contradictor sólo tiene efecto entre las partes del respectivo pleito, siguiéndose entonces las reglas generales sobre la cosa juzgada (art. 17 del C. C. colombiano).

Pero esos artículos no confunden la cosa juzgada, que requiere siempre la confrontación de dos fallos para saber cuál debe prevalecer, con la viabilidad misma de la acción o capacidad de otros

interesados para ser partes demandadas en el juicio de filiación.

Hay que ver cuál es el origen de los artículos 401 a 404 del C. Civil. Estas disposiciones son exacta copia de los artículos 315 a 318 del C. de Chile. Y en Chile vinieron éstos a consagrar legislativamente una de las varias teorías que en Francia surgieron al rededor del problema del alcance de los fallos sobre el estado civil; la teoría del legítimo contradictor. Consiste, según sus autores, entre los cuales d'Argentre fue su iniciador, en que, si en principio, la relatividad de la cosa juzgada debe aplicarse lo mismo en materia de filiación que en otra cualquiera, deberá exceptuarse cuando la instancia, referente a la filiación de un individuo se ha perseguido por o contra el contradictor legítimo, es decir, contra el principal interesado, por ejemplo el pretendido padre o la pretendida madre, porque se reputa que éstos han representado a todos los demás interesados. Mas si el juicio no se sigue contra el legítimo contradictor la regla de la relatividad de la cosa juzgada, sentada en Francia por el artículo 1351 del C. Civil, debe mantenerse.

En Francia esta teoría se abandonó por la dificultad de saber de una manera fija quién debía ser en cada caso el legítimo contradictor. Pero don Andrés Bello la recogió en el código de Chile estableciendo las personas que en los juicios de estado civil tienen el carácter de legítimos contradictores en lo que atañe a los juicios sobre legitimidad y maternidad disputada.

De manera que en Chile como en Colombia la teoría del legítimo contradictor, que en Francia no pasó de ser mera tesis de controversia, se consagró en la ley para hacer una derogación particular al principio de derecho común sobre relatividad de la cosa juzgada.

Pero ni en Francia por los sostenedores o impugnadores de la teoría, ni en Chile ni en Colombia, ha pensado nadie que legítimos contradictores equivalga a únicos titulares del derecho para intentar o soportar la acción; de manera que solamente el legítimo contradictor tenga el derecho de suscitar las cuestiones correspondientes de paternidad o maternidad. En el particular los códigos de Chile y de Colombia son tan claros al respecto, que manteniéndose dentro de los justos límites que en Francia se le dio a la teoría le conceden por ejemplo la acción de impugnación de la legitimidad del hijo, después de muerto el padre, "a toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual" (artículo 219 del C. colombiano); así como "a petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el Juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio" (artículo 220 ibídem); en el caso de legitimación de hijos nacidos antes del matrimonio, quien pruebe interés en ello puede impugnarla en los términos y plazos del art. 248 ibídem.

¿Cómo explicar todas esas disposiciones y otras más, si a la noción legal del legítimo contradictor se le diese el alcance de que el padre o la madre son los únicos interesados que tienen poder para suscitar controversia sobre las cuestiones de paternidad o maternidad legítima?

El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 dice que la regla de los artículos 401, 403 y 404 del C. civil se aplica también al caso de filiación natural.

¿Qué se quiso expresar con esto? Pues que la teoría legal de los legítimos contradictores consignada en las predichas disposiciones rige en lo concerniente a la declaración judicial de la paternidad natural. O lo que es igual a decir que si el juicio se sigue con el pretendido padre natural, la sentencia que se dicte tiene efecto y obliga aún a los herederos del demandado. Pero que si el juicio se sigue contra otros interesados, por ejemplo los herederos del pretenso padre, la sentencia que se dicta, no habiéndolo sido contra legítimo contradictor, tiene el efecto común de la cosa juzgada. Y que siempre que en la controversia esté comprometi-

da la paternidad del hijo natural deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. Naturalmente siempre que el padre esté vivo, porque si ya murió su intervención no podrá exigirla la ley. De esta manera en vida del padre natural la acción de reconocimiento del hijo tiene que dirigirse siempre contra el padre, so pena de invalidez. Las razones son obvias. Lo cual empero no significa que muerto el padre se carezca de derecho para demandar a los herederos.

Aun aceptando la hipótesis de que, por vía de doctrina pudiera llegarse, contra lo que prescribe el artículo 17 del C. Civil, a la conclusión de que en las cuestiones relativas al estado civil de las personas el fallo produce efectos erga omnes (tal como lo dispone expresamente el artículo 1252 del Código Civil español), nada se adelantaría en relación con el problema de saber si los herederos del pretenso padre deben soportar la acción de reconocimiento del hijo; porque una cosa es la trascendencia general o relativa inherente a determinada decisión, y otra completamente distinta la capacidad jurídica o derecho para provocarla. En el orden lógico primero se averigua si existe el derecho y, encontrado, si fue ya debidamente juzgado y sentenciado.

Por consiguiente la doctrina que se profese a la teoría legal dominante acerca del efecto general o relativo de las sentencias de estado civil, carece de importancia en la solución de la primera cuestión que en el presente recurso de casación contempla la Corte, consistente en determinar si a los herederos del pretenso padre natural pasa la carga de comparecer como demandados a contestar la demanda de reconocimiento judicial de la paternidad, provocada por el hijo.

Los plazos establecidos en el Código Civil para impugnar la paternidad o maternidad legítimas, nada tienen que ver con la filiación natural, fenómeno jurídico totalmente diverso de los problemas de impugnación. De ahí que dichos plazos son inaplicables a la acción de reconocimiento del hijo natural.

Por eso en Francia, como en Inglaterra, Alemania, Bélgica, Holanda, Suiza, y en general en todos aquellos países de Europa y América, en donde la cultura jurídica ha florecido con mayor brillo, circunscriben aquella acción dentro de términos especiales y breves, de los cuales prescindióse en Colombia al legislar sobre el particular, dejándose así abierta una puerta a la inseguridad, con grave daño para la sociedad y especialmente para la tranquilidad y protección de la familia legítima, base fundamental de toda moral, como quiera que sobre ella vivirá flotando por muchos años, especialmente después de la muerte del padre, la peligrosa amenaza de supuestos y hasta entonces desconocidos hijos naturales, pretendiendo participar de la pequeña o grande herencia de aquél. Josserand justificando la brevedad de los plazos de la ley francesa dice: "La ley ha circunscrito la acción de investigación de la paternidad natural dentro de plazos bastante breves; porque es urgente acabar rápidamente con un problema irritante y evitar chantages con el retardo, tanto más temibles cuanto las pruebas se harán cada día menos seguras a medida que el tiempo pasa. En semejante materia hay que obrar pronto y con base sumamente firme". (Cours de Droit Civil Positif Francais, 3ª Edition, 1938, número 1226, del Tomo I).

En la imposibilidad de fijar jurisprudencialmente en Colombia plazos extintivos de la acción de reconocimiento de la filiación natural lo que apremia es la reforma de la ley, inspirada por lo demás en móviles de equidad y de justicia, como que tampoco era posible que, en el estado actual de la sociedad, continuase la situación de desamparo en que el Código Civil mantiene al hijo ilegítimo, que no por ser fruto de pecado autoriza la plena irresponsabilidad social del padre culpable. Pero la protección debe dársele sin detrimento de la unidad y estabilidad de

la familia legítima, merecedora en todo tiempo del cuidado solícito del Estado, si se aspira a mantener incólume el más poderoso de los pilares puestos por Dios en orden a la preservación en cada pueblo de la cultura cristiana, la cual es el mejor motor de progreso y el antídoto verdaderamente eficaz contra los morbos de la disolución que toda sociedad alberga en su seno.

Bogotá, abril de 1940.

Arturo Tapias Pilonieta

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JUAN FRANCISCO MUJICA

La sentencia al dar por sentado que la indagación de la paternidad natural se prohibe en principio y sólo por excepción ella se permite en los casos previstos en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 hace una afirmación que fluctúa en el vacío, extraña al texto mismo de la ley y a su sentido científico.

Aquella filiación fue tomada en su integridad de algunos autores franceses sin el más leve análisis crítico. En el campo del derecho comparado, basta cotejar los textos colombiano y francés y averiguar las causas que dieron origen a uno y otro para establecer su radical diferencia. La Ley 45 es producto democrático determinado por nuestra actual situación social-política. La francesa, de 1912, esto es, anterior a los profundos cambios sociales originados por la guerra del 14, no vino a ser derecho positivo sino en virtud de un notable movimiento de revaluación promovido por la prensa, la novela y el teatro de las condiciones humanas en que mantenía la legislación a los hijos naturales. Entre nosotros no existe la idea antigua de un disfavor inherente al estado del hijo natural, porque la Ley 45 no permite siquiera esa sugerencia. Si los hijos naturales en concurrencia con los legítimos tienen una porción hereditaria menor, se debe únicamente a una consideración en interés de la familia legítima y no a su calidad de tales, la cual no es denigrante a los ojos del legislador colombiano.

Tampoco es cierto que los mismos doctrinantes franceses estén de acuerdo acerca de lo aseverado en la sentencia. Transcribo lo que al respecto dice el profesor André Bretón en la segunda edición al Curso de Derecho francés de Beudant, 1936: "Aun cuando esta manera de razonar sea la de eminentes autores, no nos parece corresponder al espíritu de la ley de 1912. Es verdad que bastantes precauciones de redacción tienden a mantener la investigación de la paternidad en el campo en que se la quiso admitir. Paralelamente es cierto que fuera de los cinco casos autorizados tal investigación permanece prohibida. Sin embargo, quizá es ir demasiado ligero y demostrar un espíritu excesivamente geométrico atenerse sólo al punto de vista formal para concluír en el carácter excepcional de la investigación de la paternidad. Porque nadie desconoce que en el fondo las situaciones previstas por el artículo 340 (4º de la Ley 45 colombiana), son las más importantes entre las que pueden presentarse y que, en suma, en la mayor parte de los casos la investigación de la paternidad viene, por lo tanto, siendo permitida. De otro lado, es fácil observar que el texto no emplea en modo alguno, como antes de 1912, una fórmula prohibitiva. No ha dicho: la investigación de la paternidad está prohibida, salvo en los casos siguientes, dice: "La paternidad fuera de matrimonio puede ser judicialmente declarada: 1º etc. En resumen, puede considerarse que ambos principios complementarios están sentados; la investigación de la paternidad se admite en los casos previstos por la ley; queda prohibida fuera de estos casos. Sin que exista, en consecuencia, razón alguna para considerar uno cualquiera de estos dos principios como superior al otro. No hay, pues, lugar para interpretar restrictivamente las disposiciones del artículo 340".

La ley colombiana no tuvo en cuenta la francesa sino para su artículo 4º. Nuestra legislación, más avanzada, reconoció el derecho que tiene cada cual a un esta-

de civil. La legislación francesa lo limitó en el tiempo con el establecimiento de un plazo para ejercitar las acciones de estado. De esta última circunstancia la Corte ha deducido un argumento bastante peregrino para negar la acción de indagación de la paternidad a la muerte del padre natural. Una cosa es averiguar contra quién debe dirigirse la acción y otra muy distinta la circunstancia de que se fije un plazo para su ejercicio. Son factores tan extraños entre sí, que de la existencia del uno es imposible, racionalmente, deducir una consecuencia que afecte al otro en su existencia.

El estado civil de las personas consiste en el conjunto de cualidades que la ley exige para el goce de ciertos derechos. Es también la situación que da vida a cualquiera de esas cualidades. Y, por último, es cada una de esas calificaciones particulares y las condiciones anexas a ellas. Independientemente de su voluntad, el estado civil se determina en cada individuo por el nacimiento y queda para siempre fijado por la muerte. Entre estos dos acontecimientos extremos, el estado civil puede ser modificado por diversas causas, capaces de suprimir o añadir distintas cualidades o estados.

Filiación, paternidad, maternidad son tres aspectos de una misma idea que sirven para designar el vínculo jurídico que une a un sér humano con sus autores. Se denomina filiación cuando ese vínculo se enfoca desde el ángulo del hijo; paternidad si desde el del padre, y maternidad si desde el de la madre. La filiación existe, pues, necesariamente en todos los seres de la especie humana, porque se es forzosamente hijo de un padre y de una madre.

El hecho fisiológico de la generación es uno de los elementos que hoy sirven para configurar la noción jurídica del parentesco, de la cual se deducen las relaciones de familia y la estructuración de ésta. Ambas nociones se estructuran en parte todavía con otros datos artificiales.

En Roma, durante el período pagano, el hijo nacido fuera de matrimonio no estaba vinculado a su padre ni a su madre. Para el derecho civil era completamente indiferente. No gozaba de derechos pero tampoco tenía obligaciones. La filiación se basaba en el lazo artificial de la potestad. En seguida, cuando comenzó a tenerse en cuenta el hecho de la procreación, se reconoció el vínculo entre la madre y el hijo, igual en todas las hipótesis, no importaba que el hijo fuera habido en matrimonio, en concubinato o en un acto sexual aislado. Siempre heredaba a la madre y pertenecía a su familia. No hubo, por consiguiente, en Roma madres legítimas sino madres naturales. En cambio, la paternidad natural jamás existió. El matrimonio con manus o la institución posterior, originalísima y atrevida del matrimonio sin manus, no igualada, salvo una excepción, en el mundo contemporáneo, creaba el vínculo entre el padre y el hijo procreado dentro del matrimonio, siempre que el marido, en virtud de que tenía un derecho idéntico sobre todos los hijos de su mujer y carecía de deberes hacia ellos, aceptase al hijo que se le presentaba, puesto que podía rechazarlo libre y arbitrariamente.

El derecho cristiano, hostil hacia las relaciones sexuales fuera de matrimonio, cambió el sistema. Distinguió el concubinato de las demás relaciones extramatrimoniales para reconocer la paternidad natural como fuente de ciertos derechos y creó, además, la institución de la legitimación.

En el mundo contemporáneo coexisten tres sistemas acerca de la filiación, a saber: a) el reconocimiento de la filiación únicamente con la existencia previa del vínculo matrimonial entre los autores del hijo. Por consiguiente, en esta regulación prepondera todavía el elemento artificial del matrimonio como condición necesaria para que el hecho fisiológico de la generación produzca efectos jurídicos; b) la clasificación de la filiación en dos grupos, legítima y natural. Aquélla se rige por el criterio dicho y de ella surge la familia. La segunda se basa en el reconocimiento voluntario del hijo por su

padre o en la comprobación judicial del hecho de la procreación, salvo en relación con la mujer soltera o viuda en donde el nacimiento crea el vínculo. En este sistema, (b), de la filiación natural brota un parentesco limitado, carece de familia por que no es pariente de todos los parientes de su padre pero tiene un derecho sucesoral reconocido; c) culmina la tendencia social-jurídica iniciada desde Roma. Se prescinde de toda noción artificial para atenerse al hecho fisiológico simple y no se establecen, por lo tanto, diferencias entre los hijos legítimos y los naturales para los efectos de la familia y de la sucesión.

La filiación continúa siendo independiente del nacimiento. Este es un puro hecho. La relación jurídica que vincula al hijo con sus padres es un elemento que se añade al nacimiento pero que permanece distinto de éste. La persona designada en el acta de su nacimiento como hijo de padres desconocidos carece de filiación no obstante estar probado su nacimiento. La filiación que se establece por la posesión notoria del estado civil prueba aquélla, pero no el lugar ni la fecha del nacimiento. De ahí que la doctrina universal, con la sola excepción de la sentencia actual, preconice que el demandado en las acciones de filiación legítima o natural sea el sucesor de grado más próximo a los padres cuando han muerto éstos, porque se sustituye necesariamente por la relación derivada próxima la relación fundamental cuyos sujetos ya no existen.

Nuestro sistema crea respecto de la filiación natural una relación orgánica, no simultánea del hijo con ambos padres, sino dos relaciones distintas e independientes entre sí aun cuando ambos padres naturales reconozcan al hijo o se compruebe la filiación natural respecto de los dos autores. Por consiguiente, hay una relación aislada entre el hijo y su padre natural y entre aquél y su madre natural. Y se reitera. En virtud de que la familia como institución jurídica nosotros la configuramos con datos extraños a los simples lazos de la carne, los hijos naturales colombianos carecen de familia. No obstante, la filiación natural crea, por voluntad de nuestro legislador, un parentesco encaminado a producir efectos legales determinados, entre los cuales el más importante es el derecho eventual a la sucesión.

La teoría del legítimo contradictor tiene en esta sentencia un significado nuevo desconocido histórica y doctrinariamente. Sólo el porvenir dirá si ese aspecto sui géneris de la teoría del legítimo contradictor merece la consagración de los doctrinantes jurídicos y profesores de derecho. Siguiendo la literatura unánime de todos los tiempos, insisto en desconocer la interpretación que la sentencia hace de la teoría del legítimo contradictor y me parece que con su originalísima creación la Corte, sin proponérselo, viene a tutelar de manera ciega e injusta los intereses de los privilegiados que han observado una conducta social equívoca.

La teoría del legítimo contradictor se ha referido hasta ahora y con exclusividad a la cuestión de la autoridad de la cosa juzgada. Don Andrés Bello, sobra decirlo, no la inventó. Se limitó a acogerla sin modificación alguna en cuanto a su naturaleza y su alcance para lo relativo a la filiación legítima en momentos en que los doctrinantes europeos ponían en evidencia su inutilidad y su empirismo ineficaz.

El origen de la teoría del legítimo contradictor se debe a los glosadores del siglo XVI, con Bartolo a la cabeza, maestros de la exégesis, quienes reunieron los elementos constitutivos de ella mediante el paciente trabajo de análisis y de cotejo de los textos romanos. Lo curioso es que ninguno de tales textos se refiere a la filiación de las personas por la sencilla razón de que a este respecto regía en el derecho romano el sistema que se expuso antes. Los glosadores formaron esa doctrina con soluciones específicas de los romanos acerca de la oponibilidad de las sentencias dictadas en ciertos casos de manumisión, ingenuidad y esclavitud. No ha-

bría problema ni existiría, por lo tanto, la anticuada doctrina del legítimo contradictor, si ésta significara, como lo afirma la Corte, que sólo tal contradictor es el único posible demandado. Sociológicamente la doctrina dicha se explica por la naturaleza autoritaria de la familia en esa época. En cabeza de ésta, titular de la patria potestad, tenía bajo su poder a los demás miembros de ella y era, pues, el primer interesado y tal vez el único en saber cuáles eran los individuos sometidos a su potestad que integraban su familia. De ahí la importancia de la oponibiladad de las sentencias, según fueran dictadas o no contradictoriamente con el miembro de la familia que tenía el principal y más grande interés respecto de todos los demás de ella.

Bertrand D'Argentre fue el primero en presentar la doctrina de manera completa. En el siglo XVII Cujas, Heraldus, Duarem, Doneau y Vinnius la perfeccionaron y en las primeras décadas del siglo XIX Bonnier, Garzonnet, Cézar Bru, Proudhon y Toullier la adoptaron y sostuvieron.

Las críticas dirigidas contra esa teoría pueden ser reducidas, según Dumitresco, a cinco capítulos: 1º falta de fundamento racional; 2º las condiciones que exige para la oponibilidad general de las sentencias que versan sobre el estado civil de las personas, en unos casos no se diferencian en nada de la teoría general sobre el efecto de la cosa juzgada y en otras aparece desprovista de toda base jurídica; 3º la noción del legítimo contradictor, eje de la teoría, adolece de vaguedad que le resta cualquier valor científico; 4º es insuficiente para la determinación de los efectos de las sentencias sobre el estado de las personas respecto de los terceros; 5º es inexacta en la teoría de la representación.

"Es interesante observar que, si bien la doctrina que afirma la eficacia erga omnes se basa en la inoponibilidad, en el absurdo que derivaría de admitir una eficacia relativa, no admite, sin embargo, que toda sentencia firme sobre el estado de las personas tenga eficacia absoluta, y si solamente aquella que se pronuncia habiendo un contradictor legítimo; y, como quiera que no se afirma la nulidad de las demás sentencias, también, según esta teoría, las sentencias firmes sobre el estado de las personas pueden tener y a menudo tienen una eficacia relativa".

"La teoría del contradictor legítimo deriva su origen de las fuentes romanas. Halla su primera formulación en Baldo, quien define como contradictor legítimo *qui praecipuum jus in agendo et defendendo habet*. Sin embargo, no hay acuerdo en lo que respecta a la determinación concreta de este interesado principal. Habrá que tener en cuenta el interés moral o patrimonial? Cómo se resolverán los casos en que tal graduación no sea posible? Por otra parte, cuál es el fundamento de esta teoría? Por qué el interesado principal puede perjudicar los intereses ajenos? Alguien ha recurrido al principio de la representación; se ha observado que en las sociedades políticas hay siempre quien representa los intereses generales; pero estas sociedades se hallan organizadas unitariamente y en la familia tal organización falta".

"A nuestro parecer, facilita el problema notablemente el sentar como firmes las dos siguientes premisas: una relativa al valor del título del estado; la otra, referente a la regular constitución del juicio en los pleitos relativos al estado de las personas".

"En lo que respecta al título de estado, ya vimos que su función no es otra que la de acreditar el estado de la persona, investirla de un estado, así que aquel puede y debe ser considerado como realmente existente por todos. El interés público a que recurren los defensores de la eficacia absoluta se manifiesta en el efecto del título. Ahora bien, la sentencia que modifica el estado o comprueba su existencia modifica el título o lo constituye ex novo. El efecto erga omnes será propio del título, pero no de la sentencia".

"Lo cual nos lleva a aclarar lo que constituye el efecto propio de la sentencia firme con relación a los demás efectos de la

misma, o sea a sus efectos reflejos. Siempre que una relación jurídica, una vez constituída, deba ser considerada eficiente por determinadas personas, porque, aun pudiendo ser anulada, no puede ser pedida su nulidad por ellas, la sentencia que la reconozca válida producirá efecto definitivo con relación a dichas personas, pero no porque sea para éstas una sentencia firme sino porque tal efecto era ya propio de la relación substancial. Los efectos propios de la sentencia firme hay que buscarlos en aquellas personas que habrían podido controvertir la relación material. Por ejemplo, Cayo ha vendido a Mevio una casa que pertenecía a Ticio. Si, en un pleito entre Cayo y Mevio, se prueba la propiedad de este último, la sentencia no será firme con relación a Ticio, porque no le priva de la acción reinvindicatoria que como propietario le corresponde; en cambio, respecto a los acreedores de Cayo, la sentencia tiene efectos definitivos, pero, si éstos están obligados a considerar como propietario a Mevio y no a Ticio, ello es consecuencia de la transferencia de propiedad ya verificada y convalidada por la sentencia".

"Viniendo a la relación de filiación legítima, para que se pueda hablar de efectos propios de las sentencias firmes relativas al estado, es preciso que tales efectos se den frente a quien tenía acción para hacer declarar o modificar el estado de la persona".

"Nosotros creemos que se debe distinguir entre la acción que corresponde a quien es parte en la relación de filiación o de parentesco que de ella deriva, y la que corresponde a extraños".

"Si la personalidad para establecer la acción viene determinada por el parentesco, puesto que éste depende del estado de filiación que es originario respecto a toda otra relación que de él deriva, una vez recaída sentencia firme sobre tal relación originaria, los demás parientes no podrían hacer valer por su propia cuenta un estado diverso si no es impugnando dicha relación; lo cual no les es posible por hallarse ya entre las partes definitivamente comprobada. Por ejemplo, Ticio entabla, con resultado favorable, acción de reclamación contra los padres: como hijo legítimo de éstos, es hermano legítimo de los demás hijos de los mismos cónyuges; podrán los hermanos alegar, por vía de excepción, que la sentencia firme es con respecto a ellos res inter alios acta, por no haber sido demandados? No pueden considerar a Ticio como extraño porque éste poseé un título de estado que le acredita como hermano suyo, pero podrán impugnar este título? Les correspondía la acción de impugnación como hermanos; la habrán perdido por efecto de la sentencia firme? La teoría del contradictor legítimo responde afirmativamente, fundándose en que los padres, frente a los hijos y a los demás parientes, son los más interesados. También nosotros contestamos afirmativamente; pero nos fundamos en la relación de dependencia que se da entre el estado de hermanos y el estado correspondiente a los padres; aquellos no pueden hacer declarar que Ticio no sea su hermano, si no es reproduciendo ante el juez aquel litigio que fue ya decidido y pidiendo que se declare relativamente a los padres que Ticio no es hijo de éstos".

"Cuando tal relación de dependencia no se dé, la eficacia de la sentencia firme con relación a los terceros no se da tampoco y esto lo reconoce, incluso la teoría del legítimo contradictor. Así, por ejemplo, cuando quien se opone a la sentencia firme se presenta, no como tercero frente a la relación comprobada, sino como parte de ésta. Así, en el ejemplo citado, cuando frente a Ticio, vencedor en el ejercicio de la acción de reclamación, se presente Cayo, afirmando ser el hijo que nació de tal parto, es decir, negando la identidad de Ticio. En este caso es en el que la eficacia absoluta de la sentencia firme debiera manifestarse de un modo típico, y es precisamente en este caso en el que resulta imposible admitir aquella (artículo 406 del C. C. colombiano). Pero como quiera que la nueva sentencia deberá modificar el título de estado de Ticio para investir de él a Cayo, es decir, debe-

ría anular la primera sentencia firme, creemos que Cayo deberá oponerse como tercero a dicha primera sentencia. La oposición, ciertamente, no excluye normalmente la firmeza de la sentencia entre las partes; pero en materia de estado, sí la excluye necesariamente, por no poder atribuírse un mismo título a dos personas".

"Lo dicho se aplica también al caso en que la contienda hubiera surgido entre las partes de la relación fundamental o con ocasión de ésta. Pero cuando esto no es posible, porque ya no existan aquéllas, la relación procesal podrá constituirse válidamente, según vimos ya, entre las personas que contienden por el estado o el derecho que deriva de aquella relación fundamental. En tal caso, alcanza a los terceros no partícipes en el juicio, la modificación del título, pero no los efectos de la sentencia firme, y pueden, por tanto, impugnar de nuevo la relación fundamental. Pero como quiera que la nueva sentencia debe modificar el título y producir sus efectos también frente a las partes del primer juicio, el tercero deberá oponerse también".

"Concluyamos, por tanto, afirmando que la tesis tradicional de la eficacia absoluta de las sentencias firmes concernientes al estado de las personas se basa en un equívoco, y que, en cambio, es cierto el principio de la eficacia relativa de tales sentencias". (Antonio Cieu, Faustino Giménez y José Santacruz Teijeiro. La Filiación).

La autoridad de la cosa juzgada tiene, en la ciencia procesal, dos aspectos, el uno positivo o material y el otro adjetivo o formal. La Corte no tuvo en consideración sino el segundo aspecto que es el menos importante. Una sentencia basada en la autoridad de cosa juzgada es por su aspecto positivo una prueba. Las correspondientes al estado civil son un título del estado y reemplazan, por lo tanto, la correspondiente acta sentada con las formalidades legales. Nuestro Código Civil contempla igualmente, con la teoría del legítimo contradictor, la condición adjetiva o formal de la cosa juzgada que consiste en impedir que el juicio se renueve por medio de la **exceptio rei judicatae.** En materia de filiación, cuando se reúnen las condiciones del artículo 402, la sentencia vale respecto de todos, esto es, produce plenos efectos la excepción de cosa juzgada. El mismo código, en el artículo 406, hace una salvedad relativa a la extensión del mérito de la cosa juzgada.

La doctrina del legítimo contradictor y por consiguiente nuestro Código Civil que la consagra, no han pretendido impedir, como lo asevera la sentencia, que a falta de los sujetos principales de la relación de filiación, no pueda entablarse el juicio encaminado a declararla contra las personas que se beneficiarían de la ausencia de la filiación. Es el caso de este pleito en donde la filiación se establece como origen de un parentesco para efectos patrimoniales. La sentencia que estableciera esa filiación tendría, desde el punto de vista material, el alcance de un acta de nacimiento firmada por el padre, y por su aspecto formal, la excepción de cosa juzgada no podría ser interpuesta sino por las personas que intervinieron en el juicio.

La sentencia cierra la puerta a las acciones de impugnación, de comprobación y de rectificación en materia de filiación natural, porque, a este respecto, no existe únicamente la acción de indagación de la paternidad.

Lo que el código establece igualmente y que no existe en las legislaciones que no tuvieron en cuenta la injurídica teoría del legítimo contradictor, es que estando el padre vivo, deberá intervenir forzosamente en el juicio, de lo cual no se puede deducir, como lo hizo la Corte, que con su muerte se extingue para el hijo su derecho a reclamar una parte de la sucesión de su autor, el cual es uno de los efectos más inmediatos del establecimiento de la filiación.

Respecto del método de interpretación científica de la ley, recordemos esta sabia reflexión de Bonnecase, nunca suficientemente repetida: "Lo que no debe perder-

se de vista y que la escuela de la exégesis ha desconocido pretextando la intención del legislador, es que toda norma legislada, aun cuando aparezca encastrada en una codificación, tiene un alcance esencialmente limitado y objetivo. Limitado porque no contempla, a pesar de su formulación abstracta, sino una determinada categoría de intereses. Objetiva porque la norma, una vez salida de manos del legislador, constituye un documento que vale por sí mismo sobre la doble base de su texto y el fin social que lo hizo necesario. Toda norma legislada es, en efecto, una disposición más o menos imperativa, materializada en un texto con el fin de realizar desde un ángulo dado, la armonía social, objeto supremo del derecho. Texto o fórmula abstracta persiguen un fin social, elemento móvil éste que conducirá infaliblemente al jurista a las aplicaciones diversas y sucesivas de que sean susceptibles".

La Corte no siguió, en la interpretación de los artículos 403 y 404 del C. C., la revaluada escuela de la exégesis, puesto que la intención del legislador, revelada en todos los documentos y comentarios que precedieron, acompañaron y siguieron la promulgación del Código Civil, dicen que se trata únicamente del alcance de la cosa juzgada en materia de filiación legítima y de la definición, para determinar ese alcance, del legítimo contradictor, previendo las consecuencias del fallecimiento de aquél antes de la sentencia. Ni un solo autor colombiano ni chileno, ni una sola sentencia, salvo la actual, habían interpretado aquellos textos legales en sentido distinto al dicho.

Desde el punto de vista de la interpretación científica de la ley, tampoco se ciñó a ese método la Corte. Los artículos 401 a 406 inclusive del C. C. regulan un determinado conjunto de intereses con un fin procesal de hacer producir efectos respecto de todos a las sentencias sobre filiación legítima o sobre impugnación de la maternidad, cuando se reúnen las condiciones previstas en esos artículos y salvo el derecho del verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o del hijo del padre o madre que le desconocen. La Ley 45 de 1936, expresamente, dispuso la aplicación de tales reglas a la materia de la filiación natural. Lo cual significa que cuando está el padre vivo, que es el legítimo contradictor, los juicios sobre indagación, impugnación o rectificación de la filiación natural deben hacerse con la intervención del padre, so pena de nulidad y que, cuando éste ha intervenido, la sentencia es oponible erga omnes.

No establece pauta, se repite, para impedir el establecimiento de una filiación natural, muerto el padre, con el objeto de derivar un parentesco que le otorgue vocación sucesoral.

Lo anticientífico de la jurisprudencia de la Corte que gloso, se demuestra con estos ejemplos que se me ocurren y que desnaturalizan, haciéndolo pernicioso, el fin de armonía social que contienen los citados artículos del Código Civil.

El artículo 335 del C. C. fija un plazo para impugnar la maternidad, pero no determina, porque sería anticientífico, ningún término para que el hijo mismo reclame la maternidad, por ejemplo, en la suplantación de parto. Con la teoría de la sentencia, ello no podría acontecer si la verdadera madre hubiera muerto, aunque se tratase de filiación legítima.

El artículo 20 de la Ley 57 de 1887 dispone que no se repudiará hijo del marido al concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges. A menos de probarse que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges. Con la jurisprudencia de la sentencia, muerto el padre, ese hijo no tendría acción para reclamar la herencia, porque bastaba a los hermanos de aquél, o sea a los tíos de éste, presentar la sentencia de separación de bienes de fecha anterior a la de la concepción, y como el legítimo contradictor murió, las pruebas de que lo reconoció como hijo suyo serían inútiles.

La posesión notoria de hijo legítimo, muertos los padres, sería ineficaz igual-

mente. No basta que existiera la partida de matrimonio, porque la presunción de paternidad no nace sino sobre la prueba de que el hijo fue concebido por esa mujer casada y es el mismo que ella dio a luz.

Para los ejemplos que siguen, sentemos esta base previa: La legimitidad es la condición de la filiación que resulta del hecho de que los autores del hijo hayan sido casados; sábese, pues, que el hijo nacido de dos personas casadas es legítimo. Pero esa regla incontestable no es suficiente, porque no es necesario, para que sea legítimo un hijo, que los padres hubieran estado casados en el momento de la concepción, si cuando el matrimonio la mujer estaba encinta, el hijo que nace es legítimo. De lo contrario, siempre sería ilegítimo el hijo póstumo, puesto que nace después de la disolución del matrimonio. Por último, el matrimonio puede no existir antes de la concepción y después del nacimiento del hijo, y, sin embargo, ser este legítimo: el hijo que nace de una mujer encinta en el momento del matrimonio y viuda antes del nacimiento de aquél.

Pues bien. La jurisprudencia que glosa conduciría a estos resultados antisociales: 1º Sean unos concubinos que reconocen conjuntamente como natural a su hijo A. Este queda legítimo ipso jure por el matrimonio posterior de sus padres, quienes durante éste tienen otro hijo B, por consiguiente también legítimo. A la muerte de sus padres, B no encuentra la partida de matrimonio de ellos. La posición de A sería en extremo curiosa e injurídica en el juicio de sucesión de sus padres. Para quedarse con toda la herencia ni siquiera tiene necesidad de negar el matrimonio de sus padres que él mismo presenció. Su defensa se limitaría a alegar su falta de personería, por no ser contradictor legítimo, para que se declarase a su hermano B legítimo. Por lo tanto, B, hijo legítimo, quedaría en situación de simple hijo natural de su madre, desde luego que ni el cura ni los testigos declararían válidamente acerca del matrimonio que presenciaron, ni la posesión notoria de su estado civil de hijo legítimo se comprobaría eficazmente en ausencia del legítimo contradictor. De otro lado, A haría uso de su estado civil de hijo natural que perdió para adquirir la de legítimo, en virtud del matrimonio de sus padres...

2º Es un hijo legítimo ipso jure. Después de concebido, el matrimonio se celebra en estado agónico del padre, quien fallece; la madre muere después en el parto. El acta de matrimonio no se extendió. El ministerio público, que está obligado a proceder de oficio, no puede, según la jurisprudencia, por falta del legítimo contradictor, acreditar, con las excelentes pruebas de que dispone, la filiación legítima del hijo para darle una familia, nombrarle un guardador legítimo y ampararlo en los derechos que el Código Civil le reconoce.

3º Es un hijo adulterino, concebido por una mujer divorciada, de acuerdo con nuestra legislación, esto es, sin disolución del vínculo. A la muerte del marido ella contrae nuevas nupcias con el padre de su hijo. De acuerdo con la jurisprudencia éste no podría suceder a su verdadero padre, puesto que le está vedado, por la ausencia del legítimo contradictor, establecer su filiación. El matrimonio, fuente para nuestro legislador de honorabilidad en las relaciones sexuales, no bastó para reparar las consecuencias de una pasión, y ese hijo, vinculado a su padre por los lazos de la sangre, mirado con consideración por la sociedad, debido al matrimonio que vinculaba a sus autores, educado en un hogar respetable, se ve desposeído de su herencia.

La Ley 45 claramente quiso acabar con inhumanas consecuencias que nacían del rigor de nuestro antiguo sistema, colocado de espaldas a la realidad colombiana, en donde son tan frecuentes casos como este: Unos concubinos tienen hijos cuyo reconocimiento legal no hacen por ignorancia o por pobreza. Con ocasión de una misión religiosa a la cual asistieron, contraen matrimonio y continúan reprodu-

ciéndose. Su nuevo estado civil de casados no altera en nada la vida del hogar. Los padres nunca diferenciaron a sus hijos y éstos jamás pensaron en dividirse en categorías distintas. A la muerte de aquellos, la jurisprudencia actual vendría a reproducir el derogado sistema legal, despojando cruelmente a los hijos naturales de su participación en la herencia. La jurisprudencia, prácticamente, deroga la Ley 45 en sus disposiciones más originales que consultan condiciones reales y sentimienos connaturales al sér humano. Esas disposiciones se refieren al reconocimiento de la posesión notoria del estado civil de hijo natural. Lo cual se integra por la serie de hechos individuales y sociales que revelan el cumplimiento de sus deberes de padre por parte de éste para con su hijo. La posesión notoria del estado civil de hijo no es susceptible de fraude ni de engaño. En cambio, el acto auténtico de reconocimiento de un hijo puede encubrir un dolo al expresar una mentira. Será, pues, ineficaz la voluntad del legislador y será nugatoria la institución jurídica de la posesión notoria del estado de hijo natural, porque la oportunidad para acreditarla nunca tiene lugar, debido a las condiciones morales del hombre, sino después de la muerte del padre.

Estimula la jurisprudencia la ingratitud, premiándola; desnaturaliza las relaciones de los hijos con sus padres tutelando su rompimiento; y castiga a los que cumplen con sus deberes sociales de padres, soliviantándo a sus hijos; todo esto al exigir que los hijos naturales investiguen su filiación durante la vida de sus padres. En efecto, con qué argumento ético se puede justificar que el hijo alimentado por su padre, educado y establecido por él, tratado ante deudos, amigos y vecinos como hijo, deba demandar a su padre, crear un estado de pugna con su benefactor para tener derecho a una eventual cuota hereditaria si acaso cuando muere deja bienes.

Por el contrario, la sentencia, implícitamente, exalta al padre desnaturalizado, negligente en el cumplimiento de sus deberes, porque los hijos, constreñidos, como es obvio, a indagar en vida de él la paternidad para obligarlo a atender a su sustento, tienen derecho a la participación en la herencia.

Por último, en este mismo orden de ideas, la sentencia que gloso contradice abiertamente la tendencia de la Corte manifestada en sus jurisprudencias a aplicar la ley en forma que consulte los diferentes y cambiantes situaciones de la vida, humanizando así el derecho. Esta categórica prohibición de indagar la filiación natural en ausencia de los padres, conduce a la sanción de estados inicuos. Piénsese, para ser breve y no extenderme en el relato de muchas otras hipótesis corrientes, en el niño cuyo padre o madre naturales mueren al nacer aquél.

Desde otro punto de vista, la Ley 45 de 1936 crea la filiación natural por el simple hecho del nacimiento respecto de la madre soltera o viuda. El artículo 7º de la Ley 95 de 1890 presumía el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella siendo soltera o viuda, dándoles en consecuencia a tales hijos el carácter de naturales con relación a su madre como si hubieran sido reconocidos por instrumento público. La jurisprudencia que gloso es más reaccionaria todavía que el legislador de 1890, porque impide de plano al hijo nacido de mujer soltera o viuda hacer declarar su filiación respecto de ella después de su muerte, dado que el artículo 403 del C. C. dice que en la cuestión de maternidad el legítimo contradictor es el hijo contra la madre o la madre contra el hijo. No tendrían los autores de la jurisprudencia actual manera de esquivar esa consecuencia no admitida en ninguna legislación del mundo contemporáneo, incluyendo las que prohiben de manera absoluta la indagación de la paternidad natural.

La Corte es equívoca respecto de los presupuestos procesales que se producen en virtud de su teoría sobre lo que significa el legítimo contradictor. Para inclinarse, siguiendo sin análisis al recurrente, a dar

un alcance a la situación de las partes en el pleito mucho más radical de lo que en la misma ciencia procedimental podía esperarse.

Nadie ignora que los presupuestos procesales, denominados así porque son supuestos o requisitos previos para poder dictar una sentencia sobre el fondo del asunto controvertido, son cuatro, a saber: a) la competencia del juez; b) la capacidad para ser parte; c) la capacidad procesal, y d) la legitimación en la causa de las partes, llamada también facultad de disposición procesal o poder de gestión procesal.

La capacidad para ser parte parece que es el presupuesto procesal que, no obstante la anfibología de la sentencia, se afecta con la ausencia del legítimo contradictor. Pues bien, la capacidad para ser parte es general y consiste en la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones. Por consiguiente, no es posible carecer de capacidad para ser parte en un pleito y tenerla en otro. Todo sér humano viviente, por lo mismo que el ordenamiento jurídico lo hace susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, tiene capacidad para ser parte. Y, respecto de las personas morales, son capaces para ser parte no sólo las jurídicas sino otras que no alcanzan esta última categoría, tales como las sucesiones, la masa de la quiebra, la comunidad, etc. Si la demandada en este pleito careciera de capacidad para ser parte, por no ser legítimo contradictor, tampoco sería capaz para seguir el juicio de sucesión y defender su herencia.

Yo creo que la sentencia debe interpretarse en el sentido de que el presupuesto procesal vinculado a la ausencia del legítimo contradictor sea el de la facultad de disposición procesal. Exige éste para el demandante titularidad del derecho cuya tutela pretende y para el demandado que sea él el obligado a la prestación o contra quien se ha de hacer valer el derecho. Parece que la Corte quiso expresar que la demandada en este pleito no es la persona frente a la cual deba declararse la filiación natural del demandante.

La sentencia socava el principio contenido en el artículo 39 de nuestra Codificación Constitucional. Allí se reconoce implícitamente el derecho efectivo a la vida de todos los colombianos. El Estado atiende a la subsistencia de las personas que carecen de medios y están físicamente incapacitadas para trabajar, siempre que no tengan derecho para exigir de otras personas lo necesario para vivir. La ley 45 creó a cargo de los padres naturales la obligación de criar, alimentar y educar a sus hijos y un derecho patrimonial en favor de éstos en la sucesión de aquéllos. La sentencia libera a los padres naturales de esa obligación por el solo hecho de su muerte respecto de sus hijos físicamente incapacitados, aun cuando en vida la hubieran cumplido. Y es suficiente para tal liberación el que se hubieran abstenido de llenar la fórmula del reconocimiento legal. La omisión de un rito que no desvirtúa el hecho de la procreación, es suficiente, según la sentencia, para sacrificar un mandato constitucional.

Existe una consideración superior para no consagrar la injusticia de la sentencia, restándole a la ley colombiana su natural alcance con un sentido reaccionario que nosotros, a cualquier credo filosófico a que pertenezcamos, no podemos justificar. Esa consideración es la del derecho mismo. Hemos carecido en Colombia de una vista panorámica de él, no por incapacidad para tenerla, sino por negligencia en adquirirla.

Desde hace más de ochenta años la jurisprudencia francesa con una legislación que como la primitiva nuestra prohibía el ejercicio de la acción de indagación de la filiación natural, condenaba, sin embargo, a los padres naturales o a sus herederos a indemnizar perjuicios a la madre natural. Hoy hace lo mismo cuando la acción de indagación está prescrita. En todos los países civilizados del mundo esa acción de indemnización de perjuicios por culpa es procedente. Entre nosotros, de acuerdo con los principios de la respon-

sabilidad civil extracontractual, también es viable esa acción cuando en el origen de las relaciones sexuales libres de las cuales nace un hijo se encuentran maniobras dolosas o reprensibles por cualquier otro aspecto, llevadas a cabo por el padre, tales como promesa de matrimonio, etc., o cuando la culpa consiste en el abandono por el amante de la mujer por la circunstancia de haberla hecho madre. Los perjuicios a que se condena no solamente reparan el daño sufrido personalmente por la madre sino que también abarcan los gastos de mantenimiento del hijo.

En los países en donde está prohibida la indagación de la paternidad natural, se admite también la validez de la promesa, en virtud de la cual el hombre se compromete a atender a las necesidades del hijo. Esas jurisprudencias ven en ello no un reconocimiento prohibido de la paternidad, sino la transformación en obligación civil de un deber-moral contraído por el padre hacia un hijo que su autor sabía era su obra o creía podía serlo.

Con todas esas acciones completamente procedentes en nuestro derecho positivo, la sentencia que glosa produce una zona oscura en él.

Creo haber demostrado la falsedad del concepto de la sentencia, y, lo más grave, que esa equivocación entraña consecuencias injustas e inmorales, aun cuando estoy seguro de que sus autores no las buscaron y sólo son fruto de una obsesión respetable en cuanto lo procurado es ante todo conservar la inmovilidad del derecho, evitando en lo posible y en lo imposible los efectos innovadores de las leyes con que el actual legislador quiere renovar los aspectos caducos de nuestro ordenamiento jurídico.

Felizmente para mí esta sentencia inoportuna para la concepción que tengo del derecho, reviste todas las características de lo efímero, ante todo porque no expresa la opinión de todos los Magistrados, desde luego que hubo impedimento y en seguida, porque el resultado de la sentencia lo decidió la suerte que designó un conjuez cuya opinión formó la mayoría para la tesis jurídica convertida hoy en jurisprudencia. Bien ha podido la suerte, pues, propiciar una jurisprudencia en sentido contrario. Este es un defecto de nuestro código judicial que en su manifiesta desconfianza hacia el juez, prescinde del respeto que merecen las decisiones de los Tribunales Superiores y confía a la suerte, en caso de empate, la casación de sus sentencias.

Si me equivoco y sentencias posteriores vienen a robustecer la jurisprudencia de la actual, estoy seguro de que por primera vez en la historia jurisprudencial de este país se verá la rebelión, frecuente en otras naciones, de las jurisdicciones inferiores contra las sentencias reaccionarias de sus Cortes de Casación Civil. Porque los jueces y magistrados de los Tribunales Superiores están en contacto más directo con las realidades de la vida y son por consiguiente menos reacios a los cambios que ella impone que los jueces de la más alta jerarquía en nuestra organización judicial.

En consecuencia, salvo mi voto en lo tocante tanto a la parte motiva, cuyos considerandos no compartí, como a la parte resolutiva del fallo.

Mi simpatía por la síntesis que siempre he puesto en práctica, ha quedado rota en esta ocasión, debido a que la trascendencia de esta tesis jurídica exigía violentara mi temperamento extendiéndome en la exposición de los motivos que me han parecido de importancia desarrollar con alguna minuciosidad. Sin embargo, he prescindido, para no hacerme demasiado extenso, de demostrar cómo la Corte, al interpretar los artículos 403 y 404 del C. C., desconoció la composición orgánica del derecho positivo, que cuando se expresa por medio de una ley, su articulado se in-

tegra con proposiciones jurídicas completas unas e incompletas otras. Los artículos dichos forman proposiciones jurídicas incompletas que carecen de toda significación por sí solas, la cual adquieren sólo con la unión a las que comprenden los artículos 401 y 402 del mismo código. A pesar de ello, la Corte les dio un alcance suficiente para influír y darle forma decisiva a un aspecto de la vida colectiva de los hombres.

Bogotá, abril de 1940.

Juan Francisco Mújica

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HERNAN SALAMANCA

Pongo a salvo mi voto en la anterior sentencia por considerar equivocada su tesis fundamental. Someramente escribo algunas de las razones en que apoyo mi concepto personal.

La teoría del legítimo contradictor, consagrada en nuestro derecho en los artículos del código civil citados en la sentencia como sus únicos apoyos jurídicos, no tiene el alcance, trascendencia ni significación que se le atribuye en ella hasta identificarla con la viabilidad misma de la acción de declaración de paternidad o con su procedencia. Todos los autores tanto colombianos como chilenos, y los datos y enseñanzas que se pueden deducir de la historia de estos textos legales, conducen inequívocamente a aceptar que en esas disposiciones sólo se ha querido proveer a los efectos de las sentencias que se profieran sobre estado civil, a la determinación de su alcance, estatuyendo que cuando se profieren en juicio con legítimo contradictor producen efectos erga omnes, y solamente relativos a las partes litigantes cuando no ha estado en juicio el legítimo contradictor, según la calificación legal. Se acepta, pues, a la luz de esta teoría verdadera que las acciones sobre filiación natural son procedentes contra personas distintas del padre, contra sus herederos, por más que no sean la persona física de aquél.

La Corte ha dicho en reciente fallo, mal interpretado si se considera que allí se debatió la cuestión que ahora se decide, que con la vida del hijo se extingue la acción de la ley 45 de 1936, y está bien dicho. Todos los tratadistas coinciden en esta solución, con fundamento en que siendo la filiación natural una situación irregular jurídica y socialmente considerada, su declaración judicial, consagrada exclusivamente en favor del hijo que es su beneficiario, no puede ser demandada sino por él; nadie puede suplantar su voluntad si murió sin haber hecho uso del beneficio legal. En la ley francesa está expresamente estatuído que solamente el hijo, y determinadas personas en su nombre, pueden intentar la acción. Y lo mismo está consignado en la nuéstra, en perfecto acuerdo con la doctrina, en su artículo 12 que expresa quiénes pueden ser parte en estos juicios sobre filiación. Nadie más puede ejercitar la acción. Pero entre estas personas no está mencionado el padre como demandado imprescindible. Las causas o motivos de irrecibilidad o improcedencia de la acción (fins de non recevoir) están, en la ley francesa como en la colombiana, expresa y taxativamente enumerados, y como excepcionales que son, no deben admitir ninguna interpretación extensiva.

En lo tocante a personería sustantiva como presupuesto procesal, sólo en causa de improcedencia el ejercicio de la acción por persona distinta del hijo y de quienes la ley autoriza para representarlo al efecto, como lo tiene dicho esta Sala. En lo referente a la parte demandada, la ley nada dice, y resulta arbitrario interpretar este silencio en un sentido excepcional y restricto.

La receptibilidad o procedencia de la acción no puede subordinarse en realidad jurídica, sino al establecimiento previo de hechos especialmente determinados en la ley, o sea, a los cinco enumerados en el artículo 4º de la ley 45 como únicos que pueden dar lugar a la declaración judicial de paternidad natural. Todos estos he-

chos, por su naturaleza misma, llevan implícita la preexistencia de la paternidad natural, en forma que su establecimiento judicial no viene a ser más, en puridad de verdad jurídica, que la constatación o prueba de ese estado preexistente en el hecho determinado que se demuestra. De ahí por qué siempre esta acción, según la unánime afirmación de los tratadistas, es únicamente declaratoria y nó constitutiva de estado civil. Realmente es un estado involuntario en un hecho predeterminado en la ley lo que revela la sentencia, la que propiamente se reduce a reconocer que tal estado existía. La ley no lo crea. Lo reconoce y promulga sobre la comprobación de un hecho, casi pudiera decirse que la sentencia judicial se limita a calificar jurídicamente una situación de hecho creada voluntariamente por un hombre que al morir no puede destruírse como fuente de consecuencias jurídicas. Es verdad que la muerte finaliza la vida, pero no la destruye ni la borra en sus actividades creadoras, ni desnaturaliza los hechos que durante ella se consumaron. Los cinco acaecimientos contemplados en el artículo 4 no dejan duda al respecto; ya sea en los casos de rapto, violación o seducción, ya sea por existir documento escrito contentivo de confesión inequívoca de paternidad, o trátase de establecer las relaciones sexuales en las condiciones previstas, o de acreditar la posesión notoria del estado de hijo, siempre es la demostración de un hecho determinado que lleva implícita la calificación jurídica de la paternidad natural con sus consecuencias patrimoniales y de todo orden. Es que en realidad, como se ha dicho, está mal bautizada la acción si se la llama de investigación de paternidad, porque ninguna inquisición se hace en ella; la acción es de declaración de paternidad, según el propio texto de la ley 45. Los Tribunales no pueden declarar arbitrariamente una paternidad natural fuera de los casos previstos taxativamente por la ley.

El reconocimiento del hijo natural, cuando era un acto libre y voluntario y ahora que puede ser un acto de coacción judicial contra el padre, se funda siempre en el consentimiento de éste expresado en las diferentes formas autorizadas por la ley. Y entonces, por qué no va a ser posible la declaración judicial de esa paternidad después de muerto el padre, si éste antes de morir dejó irrevocablemente expresado ese consentimiento y esa voluntad con la consumación espontánea de hechos que lo expresan inequívocamente? Lo mismo da para establecer la voluntad y el consentimiento del padre si después de muerto se exhibe carta u otro escrito cualquiera que contenga la confesión de su paternidad; como si después de sus días se acredita con las condiciones de excelencia y rigor de esta prueba, que el hijo tuvo la posesión notoria de ese estado. La declaración judicial de paternidad a base de la posesión notoria del estado también se funda en el reconocimiento consentido y voluntario expresado por el padre en su vida a través de hechos permanentes y reiterados y públicos que conlleven una confesión menos expuesta a equívocos que la que se expresa en un fugaz minuto sobre una hoja de papel. Aquélla tiene la prevalencia que corresponde a los actos que en la vida ejecutamos bajo el mandato de la sangre. Es la vida misma, que así resulta más verdadera y más justa que todas las sistematizaciones jurídicas.

Establecido probatoriamente con la demostración del hecho correspondiente uno de los medios a que la ley ha adscrito la capacidad o idoneidad para reconocer o declarar el vínculo paternofilial extramatrimonial, es indispensable hacerle producir todas sus consecuencias jurídicas, sin consideración a la circunstancia, que no lo modifica ni destruye, de la vida del padre a la hora que el hijo resuelva hacer uso del derecho que en su exclusivo favor y para su amparo ha consagrado la ley, que tiene como más visible progreso conceder los derechos correspondientes a la filiación natural sin contar con la volun-

tad del padre, soberana antes de la reforma. No hay que olvidar, para comprender bien y aplicar esta ley de justicia y moral, que la esencia de su reforma consiste sobre todo en garantizar la efectividad de los derechos de los hijos naturales con independencia o sin subordinación a la voluntad del genitor. Ha quedado abolido en nuestro derecho el criterio inmoral de la paternidad irresponsable. Ahora son hijos naturales no solamente los que el padre quiera sino todos los que lo sean naturalmente, dentro de las condiciones legales.

Cualquiera de los hechos enumerados y definidos en el artículo 4 citado, desde que se produce como una realidad de la vida no deja de tener su existencia propia y generadora de consecuencias jurídicas; nada puede destruírlo o esterilizarlo jurídicamente; es una realidad inmodificable; el episodio de una vida que ingresó al patrimonio de otra persona y que la muerte de la primera no puede cercenar ni desvirtuar. Los hechos son permanentes y tienen la actualidad que les corresponde en el minuto en que probatoriamente se demuestre su existencia. Si el padre durante su vida ha estado haciendo el reconocimiento expreso, público, voluntario y crónico a que equivale la realización de los hechos con que le ha dado el estado notorio de hijo a un individuo, por qué sostener que su muerte ha de borrar lo que con plena capacidad jurídica creó? Es indudablemente más justo y acertado afirmar que puede venir un Juez a prolongar esa voluntad y ese consentimiento y sus efectos más allá de la muerte, con la declaración que haga en su sentencia del estado de hecho que el padre dejó creado ya a la hora de morir. La ley, se repite, exige la preexistencia del hecho, en cuya significación deja el padre estereotipada indestructiblemente e irrevocablemente su voluntad libre del reconocimiento del hijo. En ningún caso se califica ni se tiene en cuenta ningún hecho post mortem.

Se dice que el estado civil de las personas constituye una situación indivisible, y así está aceptado por todo el mundo. Pues bien; si así es, hay que concluír lógicamente que la muerte del padre no tiene por qué desposeer a una persona del estado de hijo natural que ya le había concedido en vida con los actos constitutivos de la posesión notoria de este estado. Cómo compaginar la indivisibilidad del estado civil, sosteniendo que fue hijo natural por posesión de este estado durante la vida del padre y que a la muerte de éste dejó de serlo? Habría que aceptar entonces que se puede reconocer un hijo natural a plazo o por tiempo determinado o bajo condición resolutoria. Y el absurdo de esto resulta a su sola enunciación.

En España es procedente la acción de declaración de paternidad natural contra los herederos del padre. El artículo 135 del código civil español dice:

"El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los siguientes casos: 1º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad, y 2º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

"En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el código penal en cuanto al reconocimiento de la prole".

Pedregal, comentando este artículo, dice: "En la legislación antigua no existía disposición que pudiese obligar al padre a reconocer a un hijo, debía ser el reconocimiento de éste espontáneo, libre y legalmente hecho y probado. En el código penal, artículo 464, número 2, se prescribe que los reos de violación, estupro o rapto, sean también condenados por vía de indemnización a reconocer la prole, si la calidad de origen no lo impidiere. El artículo anotado introduce en nuestro de-

recho dos casos de importancia, no obligando a reconocer a los hijos naturales, sino que tiende a hacer que se legalicen dos clases de reconocimientos que suelen ocurrir con frecuencia: la posesión del estado y el escrito particular del padre o madre. Entre otros, concuerdan con el artículo que comentamos: el artículo 325 del código de la Argentina, con ligeras variaciones, pero coinciden en el fondo, y el artículo 103 del código de Portugal.

El artículo 137 del mismo código español dice:

"Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales, sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes: 1º Si el padre o la madre hubieren fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que trascurran los primeros cuatro años de su mayor edad, y 2º Si después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticias, en el que reconozcan expresamente al hijo.

"En este caso la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento".

Anota Pedregal sobre este artículo: "Este artículo, sin precedentes concretos, introduce en nuestro derecho acciones que han de ejercitarse en tiempo determinado y perentorio sin expresar concretamente quién ni contra quién deben entablarse, si bien en el caso primero de los que enumera concede la acción al hijo. Concuerda el que comentamos con el artículo 133 del código de Portugal, excepto en el plazo concedido en el caso segundo, que no lo consigna el código portugués, sino que dice que puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo en que se obtenga el documento. El artículo 325 del código de la República Argentina consigna esta acción pero sin establecer plazo alguno para que pueda ser ejercitada, lo mismo exactamente que el código portugués. Análogo precepto al de nuestro código contienen los artículos 386 y 387 del mexicano".

El código civil del Brasil también hace posible el ejercicio de la acción de que se trata contra los herederos del padre. Su artículo 363 reza:

"Los hijos ilegítimos de personas que no quepan en el artículo 183 (los que no estén impedidos para casarse), tienen acción contra los padres, o sus herederos, para demandar el reconocimiento de su filiación: 1º Si al tiempo de la concepción del hijo la madre estaba en concubinato con el pretendido padre. 2º Si la concepción del hijo reclamante coincidió con el rapto de la madre por el supuesto padre, o sus relaciones sexuales con ella. 3º Si existe escrito de aquél a quien se le atribuye la paternidad, en que la reconozca expresamente".

La ley 45 de 1936, que siguió muy de cerca a la francesa de 1912, no adoptó los plazos perentorios que ésta establece para el ejercicio de la acción de filiación, lo cual quiere decir, como es trivial, que con criterio más generoso y humano hizo posible su ejercicio en cualquier tiempo de la vida del hijo. De la circunstancia de que la ley colombiana no haya circunscrito el ejercicio de esta acción dentro de plazos breves ni largos, es lógico deducir las conclusiones de la sentencia. - Si dentro de los plazos de la ley francesa es posible y procedente el ejercicio de la acción contra los herederos del padre muerto, como se acepta en el fallo, por qué no va a ser posible en cualquier tiempo cuando no hay término perentorio al efecto como en nuestra ley? Lo que importa en la dilucidación del punto enfocado por la Corte no es cuándo o dentro de qué plazo se puede ejercitar la acción contra los sucesores del pretendido padre, sino la posibilidad en ley y en doctrina de demandarse la declaración judicial de paternidad natural contra los herederos del presunto padre. Todo lo demás es impertinente. La conclusión de que tal cosa es posible y procedente es la que se destaca de las breves referencias legislativas que anteceden, lo mismo que del concepto unánime de los tratadistas y de la jurisprudencia francesa al igual que del parecer y opinión de los iniciadores y sostenedores de nues-

tra ley 45. Ningún principio de doctrina jurídica se opone a esta solución.

Podría pensarse que siendo siempre el consentimiento del padre la base esencial e insustituíble del reconocimiento del hijo natural, lo que hay en verdad, tratándose de los casos de la existencia de escrito de confesión de paternidad y de posesión notoria del estado, son simples formas diversas de hacer válidamente el reconocimiento: el voluntario expreso que puede hacerse en cualquiera de las formas previstas, firmando el acta de bautizo, en escritura pública, por testamento, etc., y el voluntario, tácito o implícito de los precitados de la ley 45, en que se exige para la legalización del reconocimiento, sentencia declarativa del Juez. La ley, a través de la declaración judicial, en los casos previstos expresamente, convierte este reconocimiento en expreso, ostensible, público, para que siga produciendo, como en vida del padre, los mismos efectos jurídicos después de su muerte. Los dos casos o medios — confesión escrita de paternidad y posesión notoria del estado —producen los efectos del reconocimiento de acuerdo con las formas tenidas por la ley como hábiles o idóneas para determinar la declaración de la existencia del vínculo partenofilial. Negarlo por el solo hecho, involuntario del padre, de su muerte, equivale a anular o cercenar inexplicablemente la voluntad del padre como fuente legítima de esa situación jurídica. Indefensable en derecho la interpretación legal que conduzca a esterilizar arbitrariamente la libre voluntad de una persona plenamente capaz para producir efectos jurídicos. Desde un plano moral, podría pensarse que de este modo se obliga a un hombre que durante su vida amó y asistió a su hijo a que lo abandone y desampare para después de su muerte.

Con la tesis de la sentencia se recorta y mutila el sentido y alcance de la Ley 45 de 1936, que son sin equivocación ninguna de protección al hijo natural. Los múltiples casos de injusticia notoria a que daría ocasión la teoría del legítimo contradictor como sinónimo o equivalente de titular exclusivo de la acción, confundiéndola con la procedencia misma de ésta, revelan visiblemente esa equivocación. En el caso, por ejemplo, de que un hijo legítimo, por pérdida en incendio de las partidas de su bautizo y matrimonio de sus padres tuviera necesidad de acreditar su filiación de hijo legítimo a base de posesión notoria de ese estado en la sucesión de su padre difunto, como la posesión notoria requiere siempre una calificación y declaración de Juez, con la teoría del legítimo contradictor, con la significación equivocada que se le da en la sentencia, no se podría hacer, porque habiendo fallecido el padre ya no habría legítimo contradictor con quien o contra quien pronunciarla. Sin gran esfuerzo pueden ponerse numerosos ejemplos en que resalta de bulto la injusticia y el absurdo a que puede dar lugar la adopción inconsiderada de esta tesis. Apenas hay que advertir que repugna a la razón y carece de fundamento en la ley cualquier explicación para estas situaciones de iniquidad, fundada en diferencias entre la filiación legítima y la natural, idénticas desde el punto de vista de que ambas constituyen estados civiles, merecedores de las mismas garantías y susceptibles de ser acreditados por los mismos sistemas probatorios.

La solución jurídicamente científica que salva a la vez la justicia de la ley 45 de 1936, que humanizó en esta parte nuestro derecho, y la necesidad de cerrar la puerta a la llamada industria de los hijos artificiales, más escándalo que realidad, agitado por el criterio hostil a la reforma y perturbador de la recta interpretación de la ley, es aplicar en la decisión de esta clase de negocios un especial rigorismo

en la calificación de las pruebas, porque tan injusto y aberrante y peligroso es declarar una paternidad natural sobre el mérito equívoco de dos testimonios por ejemplo, como negarla a despecho de la fe inequívoca y plenaria de una perfecta comprobación de la posesión notoria de ese estado.

Bogotá, abril de 1940.

Hernán Salamanca.

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. — ABANDONO DE MINAS. — SU REDENCION. — DENUNCIA Y ADJUDICACION DE NUEVA MINA

1. Las sanciones establecidas en los artículos 118, ordinal 5º, 163 y 341 del Código de Minas en virtud de las cuales se reputan abandonadas o desiertas las minas por las cuales no se paga el respectivo impuesto, no pueden interpretarse de una manera simplista y absoluta, por cuanto las situaciones de derecho que se confrontan frente a ellas son varias y múltiples y por tanto no puede entenderse que no existe sino una sola norma o medida, aplicable, sin ninguna distinción, a todas esas situaciones. El abandono de que habla el artículo 118 es remediable, según el artículo 163. También rige sobre el particular el artículo 3º de la ley 85 de 1909 sobre aseguro permanente de la propiedad de las minas. Para que se pudiera verificar el fenómeno jurídico de la redención de las minas era necesario que se hubieran pagado los impuestos respectivos hasta el día de la redención; de modo, pues, que sin ese requisito esencial y básico dicho fenómeno no podía producirse. Más si esto es así, no por eso puede concluirse que hecho el pago para la redención de una mina y debiéndose al hacerlo algunos impuestos atrasados o existiendo deficiencia en el pago de éstos, la mina cae en el estado legal de abandono. Semejante conclusión, inequitativa e injurídica, confundiría el no éxito de la redención con el abandono de las minas. En efecto: El pago del impuesto es lo único que se necesitaba ante el Código de Minas para conservar el derecho a una mina que se hubiese adquirido legalmente y de la cual se tenía el título correspondiente, y esta garantía es tan eficaz respecto de las minas cuyos títulos se han obtenido o revalidado conforme a la ley, que nunca podrán perderse en virtud de denuncios hechos por un tercero, sin conocimiento y citación personal del dueño respectivo, o de algún representante legal o legítimo suyo, según el artículo 164 de ese Código; luego si quien intenta redimir una mina, es decir, exonerarse de pagar el impuesto anual, haciendo un pago anticipado y duplicado de lo que corresponde en veinte años, no puede obtener ese resultado por una deficiencia o mala liquidación en el pago de los impuestos anteriores a la redención, eso no quiere decir que haya abandonado la mina, por falta de pago, pues el mismo hecho de éste, que es una cosa objetiva y real y que debe producir algún efecto, está demostrando lo contrario. Quiere decir entonces que quien hizo el pago de las veinte anualidades no consiguió el fin que se proponía, pero no se puede concluír que, por no haberlo conseguido, la mina cayó en abandono, porque el pago que hizo la ampara y debe imputarse parte a cubrir los impuestos a la sazón pendientes y el resto a pagar anualidades futuras, puesto que el artículo 44 de la ley 292 de 1875 autorizaba el pago anticipado del impuesto y cuando esto se verifica no podrá considerarse ante él como abandonada la mina durante los años por los cuales se haya hecho ese pago.—2. Del examen atento de los artículos 366 a 381 del C. de Minas se concluye que cuando se denuncia el exceso de una mina y se surten todas las diligencias prevenidas en los artículos citados y en virtud de ellas se adjudica ese exceso al denunciante, tal fenómeno equivale a la denuncia y adjudicación de una nueva mina, que se ha desprendido legalmente de

la anterior, adjudicada en exceso. Esa nueva mina está sujeta a los impuestos desde la denuncia del exceso para adelante y no sigue la suerte de la porción restante de la que se ha desprendido. Si ésta (la primitiva) ha caído en abandono legal, ese abandono no compromete al exceso adjudicado, ni hace ineficaz el título expedido más tarde sobre este exceso, por la razón de que constituye una nueva mina.—3. La cuestión de si la redención debe comprender un lapso de veinte o de veintiún años se sitúa en el siguiente terreno: si al hacer la redención se deben uno o más años, lo que se paga por este concepto se aplica en primer término al pago de los impuestos debidos o atrasados y el resto a los impuestos futuros, es decir, se aplica el principio de derecho civil sobre imputación de pago, primero a intereses y lo que sobre a capital, salvo estipulación en contrario; luego si quien va a redimir una mina y paga las veinte anualidades, está debiendo algunas atrasadas, no la redime en efecto, pero no la abandona, puesto que el remanente, después de descontar lo que se debe por impuestos atrasados, se aplica a los impuestos futuros; de la misma manera quien va a pagar un crédito y consigna el principal que cree del caso, pero debe intereses, no cancela totalmente el crédito, aunque esa haya sido su intención, sino que en realidad, imputándose en primer término su pago a intereses, el resto le queda abonado al capital, o sea, que su deseo o intención de cancelar no pudo realizarse totalmente, por la imputación que hubo que hacer, lo cual no quiere decir que no haya verificado un pago efectivo, que no podría desconocérsele sin producir el fenómeno de un enriquecimiento sin causa.—4. Tratándose de pagos que se hacen en una oficina pública de recaudación la prueba principal es el recibo firmado por el empleado o funcionario respectivo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

Los antecedentes de este pleito son éstos:

El 28 de noviembre de 1933, Germán Molina Callejas avisó una mina de oro en aluvión situada en el cauce del río Porce, entre los municipios de Yolombó y Gómez Plata, a continuación occidental de la mina de la misma clase conocida con el nombre de Playa de Palo.

El expresado Molina denunció la mencionada mina ante la Gobernación de Antioquia el 1º de diciembre de 1933 (mil novecientos treinta y tres), expresando que es abandonada, de antiguo descubrimiento, que ignoraba el nombre de los últimos poseedores y que se llamará Playa de Palo Occidental. Indicó el modo cómo debe tomarse la medida de dicha mina.

En virtud del denuncio se libró comisión al Alcalde de Yolombó para dar la posesión de la mina y se fijaron y publicaron los carteles del caso. Durante el término de esa fijación, y por memorial de 12 de diciembre de 1934, Julio Jaramillo, como presidente de la "Sociedad Minera de El Brasil", se opuso a la posesión y demandó por la vía ordinaria al denunciante Callejas, para que se declare que es ineficaz el denuncio hecho por éste y que por consiguiente no hay lugar a dar posesión al denunciante de la mina denunciada por él ni a expedirle el título de propiedad de ella.

La oposición se funda en que la mina denunciada por Molina Callejas afecta en parte muy considerable la mina denominada Cuacabe o La Sapera, situada en el municipio de Gómez Plata y titulada por Santiago Santamaría B. en 1875, y la mina de oro denominada Playa de Palo, situada en jurisdicción de Yolombó, amparada con el título 705 expedido a favor de Federico Toro el 13 de marzo de 1899; en que la sociedad minera de El Brasil es dueña de varias acciones en esas minas;

en que la mina denunciada por Molina Callejas está comprendida dentro de los linderos de las minas Guacabe o La Sapera y Playa de Palo y en que ambas están amparadas por el pago de los respectivos derechos, por lo cual no es cierto que la mina denunciada por Molina Callejas esté abandonada.

El Juez del Circuito de Yolombó que conoció de la oposición, ordenó que Molina Callejas asumiese el carácter de actor y que por lo tanto se le corriese el respectivo traslado para que formulase la demanda.

En virtud de esta providencia Molina asumió el carácter de demandante y demandó a la sociedad minera de El Brasil, contra la cual hizo veinte peticiones, que en síntesis se resumen así: Que el mineral titulado en 1865 por Venancio A. Berrío, Camilo Vélez e Ildefonso Ruiz cayó en abandono legal y total desde 1878; que en consecuencia carece de valor jurídico la adjudicación de los excesos de dicho mineral hecha a Santiago Santamaría el 26 de junio de 1875 y que por lo tanto debe cancelarse la inscripción de los dos títulos referidos.

Subsidiariamente pidió que se declarara: Que la adjudicación hecha a Santiago Santamaría el 26 de junio de 1875, que comprende la mina La Sapera, cayó en abandono total y legal por falta o deficiencia en el pago de los respectivos impuestos fiscales; que el mineral de oro en aluvión adjudicado a Federico Toro el 13 de marzo de 1899, conocido con el nombre de Playa de Palo, cayó en abandono legal y total por la misma causa.

Que cuando el demandante Molina Callejas dió el aviso número 19 de 15 de mayo de 1920 ante el Alcalde de Gómez Plata y presentó a la Gobernación de Antioquia el denuncio de 24 de los mismos mes y año, respecto del mineral especificado en esos denuncios, ese mineral estaba legalmente abandonado, y que era por ende restaurable y denunciable. Que con base en ese aviso y desde la fecha en que fue dado, el demandante adquirió y aún conserva el carácter de restaurador y poseedor ordinario del mineral puntualizado en dicho aviso y que tiene derecho a que se le dé impulso progresivo al referido denuncio de 24 de mayo de 1920.

Que tiene derecho el demandante a que se le entregue en posesión y se adjudique la mina que con el nombre de Playa de Palo Occidental denunció el 1º de diciembre de 1933 y que con base en el aviso de 15 de mayo de 1920 y el denuncio del 24 de este mismo mes y año tiene mejor derecho a la posesión y dominio del mineral a que dicho aviso se refiere, esto es, al mineral de oro en aluvión situado en los distritos de Yolombó y Gómez Plata, en el cauce y margen del río Porce a partir del desemboque de ese río en la quebrada Perú o La Sapera, siguiendo Porce abajo, hasta cubrir la extensión legal.

Que en virtud del denuncio de 1º de diciembre de 1933 relativo a la mina Playa de Palo Occidental, tiene mejor derecho que la sociedad demandada a la posesión y dominio del mineral de oro en aluvión situado en los municipios de Yolombó y Gómez Plata en el cauce y márgenes del río Porce, a partir del desemboque de ese río de la quebrada Viboral, siguiendo Porce arriba hasta cubrir la extensión legal.

Que la sociedad minera de El Brasil carece de todo derecho para hacer oposiciones y nó debe oírsele en contra de los denuncios hechos por el actor, oposición basada en los títulos de las minas Guacabe o La Sapera y Playa de Palo. Que debe pagarle al actor los perjuicios causados con motivo de la explotación llevada a cabo por dicha sociedad en las minas ya mencionadas, que debe desocupar dichos minerales en el plazo legal, prestar fianza suficiente para garantizar que en lo sucesivo no violará ni estorbará los derechos del actor sobre los minerales mencionados y que debe ser condenada en costas.

El Juez de primera instancia, que lo es el del Circuito de Yolombó, en sentencia de 15 de septiembre de 1937, negó todas las declaraciones pedidas por el actor y absolvió a la sociedad demandada de los

cargos formulados contra ella en la demanda.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia de 23 de febrero del año próximo pasado, negó las peticiones del demandante en cuanto ellas impliquen o contengan la declaratoria de abandono legal de las minas llamadas La Sapera y Playa de Palo y el derecho a la adjudicación de la mina Playa de Palo Occidental denunciada por el demandante el 1º de diciembre de 1933 y declaró inepta la demanda o que existe la petición de un modo indebido, en cuanto el libelo se refiere a solicitudes distintas.

El demandante interpuso recurso de casación que pasa a decidirse hoy.

Como cuestión previa y con el fin de ordenar el estudio de los cargos, la Corte observa lo siguiente: en la sentencia recurrida no se hace declaración ninguna de dominio respecto de las minas, a favor de ninguna de las partes militantes en este juicio. El fallo se limita a negar las peticiones del actor, quien principalmente demanda la declaratoria de abandono, por falta o deficiencia del pago de los respectivos impuestos fiscales en relación con las minas mencionadas.

Siendo esto así, debe examinarse ante todo si la deficiencia en los pagos produjo el fenómeno jurídico del abandono legal de las minas, y al respecto la Corte considera: Las sanciones establecidas en los artículos 118, ordinal 5º, 163 y 341 del C. de Minas, en virtud de las cuales se reputan abandonadas o desiertas las minas por las cuales no se paga el respectivo impuesto, o mejor, la interpretación de las normas citadas, no puede hacerse de una manera simplista y absoluta, por cuanto las situaciones de derecho que se confrontan frente a ellas son varias y múltiples y por tanto no puede entenderse que no existe sino una sola norma o medida, aplicable, sin ninguna distinción, a todas esas situaciones.

Es claro que el no pago del impuesto sobre una mina produce el abandono legal de ésta (artículos 118, ordinal 5,º y 431 ya citados); pero este abandono es remediable al tenor del artículo 163, según el cual quien ha dejado de pagar el impuesto correspondiente por uno o más años, podrá recuperar el derecho que tenía pagando las cuotas de los años atrasados con el interés del uno y medio mensual siempre que no haya denunciado la mina otra persona antes de hacerse el pago.

Preceptúa el artículo 3º de la Ley 95 de 1909 que los dueños de minas tituladas que hayan pagado el impuesto establecido y que no estén en litigio, pueden asegurar permanentemente la propiedad de ellas y quedan libres del impuesto en lo sucesivo, sin que nadie pueda registrarles ni denunciarles sus minas, si pagaren duplicado, de una vez, lo que debieran pagar en veinte años según el código de 21 de octubre de 1867. Para que se pudiera verificar el fenómeno jurídico de la redención de las minas era necesario que se hubieran pagado los impuestos respectivos hasta el día de la redención, de modo, pues, que sin ese requisito esencial y básico dicho fenómeno no podía producirse.

Mas si esto es así, no por eso puede concluírse que hecho el pago para la redención de una mina y debiéndose al hacerlo algunos impuestos atrasados o existiendo deficiencia en el pago de éstos, la mina cae en el estado legal de abandono. Semejante conclusión, inequitativa e injurídica, confundiría el no éxito de la redención con el abandono de las minas. En efecto: el pago del impuesto es lo único que se necesitaba ante el Código de Minas para conservar el derecho a una mina que se haya adquirido legalmente y de la cual se tiene el título correspondiente, y esta garantía es tan eficaz respecto a las minas cuyos títulos se han obtenido o revalidado conforme a la ley, que nunca podrán perderse en virtud de denuncios hechos por un tercero, sin conocimiento y citación personal del dueño respectivo, o de algún representante legal o legítimo suyo, según el artículo 164 de ese código; luego si quien intenta redimir una mina, es decir, exonerarse de pagar el impuesto anual, haciendo un pago anticipado y

duplicado de lo que corresponde en veinte años, no puede obtener ese resultado por una deficiencia o mala liquidación en el pago de los impuestos anteriores a la redención, eso no quiere decir que haya abandonado la mina, por falta de pago, pues el mismo hecho de éste, que es una cosa objetiva y real y que debe producir algún efecto, está demostrando lo contrario. Quiere decir entonces que quien hizo el pago de las veinte anualidades no consiguió el fin que se proponía, pero no se puede concluír que, por no haberlo conseguido, la mina cayó en abandono, porque el pago que hizo la ampara y debe imputarse parte a cubrir los impuestos a la sazón pendientes y el resto a pagar anualidades futuras, puesto que el artículo 44 de la Ley 292 de 1875, autorizaba el pago anticipado del impuesto y cuando esto se verifica no podrá considerarse ante él como abandonada la mina durante los años por los cuales se haya hecho ese pago.

Estima la Corte que lo anterior, además de ser jurídico, protege la estabilidad de la riqueza minera del país, puesto que estaría colocada en una situación muy precaria si ya por una deficiente liquidación del impuesto, ya por un error de quien lo cobra, ya por la simple negligencia de quien lo paga, vinieran a quedar legalmente abandonadas las minas sobre las cuales se pagó el impuesto correspondiente a los veinte años, y respecto de las cuales sí nó se verificó el fenómeno de la redención, sí quedaron amparadas por el pago de varias anualidades futuras, pago que impide que durante ese lapso puedan caer en abandono.

Estudio de los cargos

A la luz de la anterior doctrina, deben estudiarse los capítulos 9º y parte del 10º de la demanda de casación, en los cuales el recurrente señala como violados los artículos 27 del C. Civil, 8º del Decreto Legislativo número 722 de 1902 y disposiciones que integran el capítulo XI del Código de Minas y 2º y 3º de la Ley 59 de 1909.

El Tribunal sostiene que no ha habido abandono legal de las minas por deficiencia o error en los pagos y en los capítulos mencionados el recurrente propugna la tesis contraria.

Al folio 19 vto. del cuaderno del actor, aparece copia del siguiente recibo: "Fecha del pago: Septiembre 8 de 1913. Número del recibo: 290. Pagador: Aureliano Restrepo. Nombre de la mina: La Sapero. Año pagado: 1913 a 1922. Ubicación: Gómez Plata. Calidad y extensión: Aluvión de 5 x 2 kms. Impuesto pagado: $ 40.00. Título: 26 de junio de 1875". Al folio 21 vto. del mismo cuaderno aparece copia del siguiente recibo: "Fecha del pago: Septiembre 26 de 1931. Número del recibo: 347. Pagador: Avelino Hoyos M. Nombre de la mina: Playa de Palo. Año pagado: 1938 a 1947. Ubicación: Gómez Plata y Yolombó. Calidad y extensión: aluvión de 5 x 2 kms., más 5 kms., exceso longitudinal. Impuesto pagado: $ 20.-00".

La demanda se funda en que fueron deficientes los pagos anteriores a la redención de las minas; con los recibos anteriores se demuestra que los dueños de ellas pagaron los 20 años a que se refiere el artículo 3º de la Ley 59 de 1909, es decir, que ese pago lo hicieron por el concepto de redención. Ahora bien, si ésta no se verificó porque los pagos anteriores fueron deficientes, no por eso puede concluírse que las mencionadas minas cayeron en estado legal de abandono, por las razones dichas.

De esto resulta, que aun suponiendo que el Tribunal hubiera errado en la apreciación de las pruebas y en la aplicación de la ley, al sostener que los pagos anteriores a la redención estuvieron bien hechos, no por eso podría casarse la sentencia, porque en apoyo de la conclusión del Tribunal estaría la doctrina que acaba de exponerse.

En siete postulados se apoya la sentencia del Tribunal, y la Corte ordena la acusación, relacionándola con cada uno de

esos fundamentos, en el orden enumerado por el fallador de segunda instancia. Por eso pasa a estudiar el capítulo 7º de la demanda en el que se acusa la sentencia por violación de los artículos 30, 123, 343, 347 y 348 del C. de Minas, en armonía con los artículos 2º, 90, 366, 369, 346 y concordantes del Capítulo 21 de ese mismo código.

En 1865 Venancio Berrío y otros denunciaron la mina Playa Rica o Guacabe y la titularon. Diez años más tarde, en 1875, Santiago Santamaría denunció la mina Guacabe o La Sapera, como exceso de la mina de Playa Rica.

El recurrente sostiene que el denuncio de Santamaría en 1875 fue ineficaz porque la mina primitiva estaba abandonada por falta de pago desde antes de la fecha de ese denuncio.

El Tribunal no admitió esta conclusión, basado en el artículo 366 del C. de Minas, y sostiene que no hay lugar a investigar si para el año de 1875 se habían dejado de pagar los impuestos correspondientes a la mina de Playa Rica, por cuanto el artículo 366 no impone esa condición para las denuncias de los excesos de una mina. De ahí concluye que no puede ser ineficaz el título que ampara la mina de La Sapera expedido en 1875 en favor del señor Santamaría.

La Corte considera:

Del examen atento de los artículos 366 a 381 del C. de Minas, se concluye que cuando se denuncia el exceso de una mina y se surten todas las diligencias prevenidas en los artículos citados y en virtud de ellas se adjudica ese exceso al denunciante, tal fenómeno equivale a la denuncia y adjudicación de una nueva mina, que se ha desprendido legalmente de la anterior, adjudicada en exceso.

Resulta de esto, que esa nueva mina, está sujeta a los impuestos, desde la denuncia del exceso para adelante y no sigue la suerte de la porción restante de la que se ha desprendido. Si ésta (la primitiva), ha caído en abandono legal, ese abandono no compromete al exceso adjudicado, ni hace ineficaz el título expedido más tarde sobre este exceso, y por la razón de que constituye una nueva mina.

Llegar a otra conclusión, sería no sólo apartarse de la realidad de las cosas sino darle al artículo 366 del C. de Minas un alcance que no tiene, o sea, que para denunciar el exceso de una mina es necesario que ésta esté a paz y salvo con el Fisco por concepto de impuestos. Y dicha norma legal no es susceptible de tal interpretación. No encuentra la Corte la violación de ninguno de los artículos señalados en este capítulo, algunos de los cuales son completamente ajenos a la cuestión que se estudia.

Se rechaza, pues, el cargo.

En los postulados segundo a sexto inclusive del fallo recurrido, estudió el Tribunal la cuestión del pago del impuesto de las minas y de la redención de ellas, y concluyó que no podían triunfar las pretensiones del actor, sobre abandono legal de esas minas, por deficiencia o errada liquidación de los impuestos.

Esos postulados los ataca el recurrente en los capítulos 8º y 9º de su demanda, como ya se dijo arriba, y señala como violados los artículos 94, 98 y 99 del C. de Minas, 27 del C. Civil, 5º, 7º y 8º del Decreto Legislativo número 722 de 1902 y disposiciones que integran el Capítulo 11 del C. de Minas.

La Corte considera:

Como ya se expresó, aun cuando hubiera habido error en estas liquidaciones y el Tribunal se hubiera equivocado en el concepto, la equivocación no induciría a la casación de la sentencia por cuanto si, por deficiencia en los pagos, las minas no quedaron redimidas, por lo menos quedaron amparadas, para un tiempo futuro, con el pago de los impuestos y por lo tanto no cayeron en abandono legal.

La Corte subraya, por su importancia y trascendencia lo siguiente: Uno de los pagos que se hicieran por concepto de impuestos sobre las minas mencionadas, se ajustó a lo prevenido en la Resolución de 18 de noviembre de 1902 dictada por el Ministerio de Hacienda. El recurrente alega que esa resolución es injurídica y que

no podía modificar los artículos 5º, 7º y 8º del Decreto 722 de 1922 y que por lo tanto esos pagos fueron mal hechos.

El primero de mayo de 1902 se dictó el mencionado Decreto, el cual dispone, en su artículo 7º, que los impuestos y derechos de que él trata, deben ser pagados en las Administraciones de Hacienda "debiendo comenzar a contarse la primera anualidad el día 1º de junio del corriente año".

Se presentó con esto la dificultad consistente en que los interesados debían en ese año hacer dos pagos rigiéndose por distintas tarifas; la primera hasta el último de mayo de 1902 y la segunda desde el primero de junio a treinta y uno de diciembre del mismo año. Había por lo tanto que pagar los cinco primeros meses conforme a la tarifa de la Ley 14 de 1888 y las siete últimas, de acuerdo con la tarifa establecida por el Decreto. Ante las dudas que se suscitaron, se consultó al Ministerio de Hacienda, quien en Resolución de 18 de noviembre comunicó al Gobernador de Medellín lo siguiente: "Como artículo 7º, Decreto 772, determina que las anualidades principien a contarse desde el primero de junio último, es claro que se adeuda impuesto hasta esa fecha. Debe pagarse conforme disposiciones anteriores o sean las que regían antes de ese nuevo decreto; pero en la parte proporcional, lo que respecta a la media anualidad contada de enero a junio de ese año. Los intereses, si los hay, deben ser también proporcionales respecto de la última media mensualidad. De junio en adelante deben hacerse los pagos conforme a las disposiciones decreto citado, según dije a Usía en telegrama del ocho del presente....."

Los particulares no pueden hacer otra cosa en el pago de impuestos sino atenerse a las disposiciones de las autoridades competentes. Si ellas son erróneas o ilegales, los contribuyentes no tienen otra acción sino la de acusación de esas normas, que rigen mientras no sean anuladas por quien tenga poder para ello. El error, pues, de una autoridad, que se impone muchas veces como norma a los contribuyentes, por que tienen que someterse a esto, no puede perjudicarlos ni mucho menos trascender a desconocerles situaciones jurídicas, como sería el caso en que habiendo pagado en virtud de una disposición o resolución de autoridad competente, el impuesto correspondiente a una mina, se concluyera más tarde que no había habido tal pago o que era ineficaz para amparar la mina, por lo ilegal o erróneo de la resolución o la orden.

Los particulares se atienen a las normas que dictan las autoridades; si éstas yerran al dictarlas, los particulares no son responsables de ese error, y sería injusto y aberrante que sobre ellos recayeran las sanciones de un error en el cual no han tenido ninguna intervención.

De modo, pues, que el pago verificado en 1902 estuvo bien hecho. Lo mismo debe decirse, como lo afirma el Tribunal, del pago hecho en 1903, porque se ajustó éste a la tarifa que regía entonces.

Se objetó en el curso del debate que al hacerse los pagos para la redención de las minas, La Sapera en 1913, y Guacabo en 1921, no se pagaron previamente los impuestos correspondientes a esos dos años, siendo así que al hacerse el pago de esas veinte anualidades dobles se debían los impuestos de tales años.

El Tribunal se atuvo a este respecto a la sentencia del Consejo de Estado, de 21 de octubre de 1936, de la cual transcribió lo siguiente: "Hizo bien el Ministerio en reconsiderar su primera tesis, o sea, la de que el monto de la cantidad que debe sufragarse para que sea válida la redención del impuesto de estaca es la equivalente a veintiuna anualidades, en lugar de veinte. Puesto que el requisito allí establecido no era otro que el que no se debiera impuesto alguno retrasado, que el deudor de la mina no fuera deudor moroso del mismo día inicial del año que causaba el impuesto".

Según la doctrina que se sostiene en este fallo, la cuestión de si la redención debe comprender un lapso de veinte o de veintiún años, se desplaza, para situarla en el siguiente terreno: si al hacer la re-

dención se deben uno o más años, lo que se paga por este concepto se aplica en primer término al pago de los impuestos debidos o atrasados y el resto a los impuestos futuros; es decir, se aplica el principio de derecho civil sobre imputación de pago, primero a intereses y lo que sobre a capital, salvo estipulación en contrario; luego si quien va a redimir una mina y paga las veinte anualidades, está debiendo algunas atrasadas, no la redime en efecto, pero no la abandona, puesto que el remanente, después de descontar lo que se debe por impuestos atrasados, se aplica a los impuestos futuros; de la misma manera quien va a pagar un crédito, y consigna el principal que crec del caso, pero debe intereses, no cancela totalmente el crédito, aunque esa haya sido su intención, sino que en realidad, imputándose en primer término su pago a intereses, el resto le queda abonado al capital, o sea, que su deseo o intención de cancelar no pudo realizarse totalmente, por la imputación que hubo que hacer, lo cual no quiere decir que no haya verificado un pago efectivo, que no podría desconocérsele sin producir el fenómeno de un enriquecimiento sin causa.

Dentro del concepto, pues, de que el dueño de las minas La Sapera y Playa de Palo ha debido pagar los impuestos correspondientes a los años de 1913 a 1921 en que hizo la redención de dichas minas, y no los pagó, querría decir esto, que no las redimió, pero no que las hubiera abandonado por falta de pago, porque, descontando el pago del impuesto de esos años a la tarifa establecida, más su recargo, quedaría un saldo que ampara las minas hasta una fecha posterior al aviso.

El Tribunal sostiene que está demostrado el pago de los impuestos con las constancias que al respecto aparecen en el libro que se lleva en la Administración de Hacienda de Antioquia. Esta conclusión del Tribunal es legal, porque conforma al artículo 163 del C. de Minas las certificaciones de los empleados de Hacienda, con referencia al libro de que trata el artículo 167, hacen también plena prueba del pago del impuesto referido y no hay disposición que obligue a firmar cada una de esas constancias, al empleado respectivo. La Corte ha sostenido que tratándose de pagos que se hacen en una Oficina Pública de Recaudación, la prueba principal es el recibo firmado por el empleado o funcionario respectivo, pero eso no quiere decir que no tenga ninguna eficacia para demostrar ese pago la constancia de que habla el artículo 168.

Se rechazan, pues, los cargos.

Trátase en este juicio de la pretensión del actor sobre su mejor derecho a las minas de La Sapera y Playa de Palo Occidental, e impetra la adjudicación de ellas. La parte demandada está en posesión de esas minas, y si no es el caso de declarar, como no lo hizo la sentencia, que están redimidas a su favor, tampoco por lo ya expuesto, puede sostenerse que dicha parte las haya abandonado por el no pago, o por el pago deficiente, que es la cuestión básica en este pleito.

En las acciones sobre aviso de una mina como abandonada, se parte de la base de que hubo denunciante anterior que la adquirió y que ha visto extinguido su derecho; de suerte que ese denunciante anterior ha de ser citado. Cuando el aviso no es ese, el denunciante es descubridor y no tiene cómo ni por qué hablar de abandono. De ahí, que por regla general, en los juicios de oposición al aviso de una mina como abandonada no se discuta la propiedad en sí misma sino el fenómeno del abandono o sea, los hechos que lo hayan producido y que son la base para el nuevo denuncio. Si, pues, la demandada, o sea la Compañía Minera de El Brasil, fue señalada como antigua dueña o poseedora de las minas, su personería sustantiva está acreditada con ese señalamiento, a lo que se agrega que dicha sociedad presentó una serie de títulos con los cuales comprueba, que por lo menos es comunera en las minas mencionadas y en tal virtud su personería es suficiente.

Se rechazan, por lo tanto, los cargos a que se refieren los capítulos undécimo,

primero y segundo de la demanda, por inoperantes.

El Tribunal estimó impertinentes las peticiones del actor respecto a que se declare que cayó en abandono legal la mina Playa Rica o Guacabe denunciada por Venancio Berrío en 1865 y a que se dé impulso al denuncio de la mina denunciada el 24 de mayo de 1920.

El recurrente acusa esta conclusión, en los cinco primeros capítulos de su demanda, por violación de los artículos del C. de Minas que indican cada uno de esos capítulos.

La Corte considera:

La Mina de La Sapera, denunciada por Santamaría en 1875, se desprendió de la antigua mina Playa Rica o Guacabe por haber sido ésta adjudicada en exceso. El debate ha versado sobre si la mina de La Sapera cayó o nó en abandono legal por falta de pago y por lo tanto tiene mejor derecho el actor como denunciante de tal mina.

La mina de Playa Rica o Guacabe es independiente desde 1875 de la mina de La Sapera; no se trata en este juicio de averiguar ni declarar si la mina de Playa Rica cayó o nó en abandono legal, ni los propietarios de ésta han sido citados, luego tuvo razón el Tribunal en rechazar esa petición, que no se roza con el denuncio originario del actor Molina Callejas que dio origen a este pleito. Lo mismo se dice respecto del denuncio de 24 de mayo de 1920 el cual tampoco dio origen a este pleito y entraña una cuestión de carácter administrativo distinta de la naturaleza del presente juicio. Mas, suponiendo que tal denuncio se refiriera a las mismas minas sobre que versa este litigio y prescindiendo del carácter administrativo de la actuación iniciada por el mencionado denuncio, la pretensión del actor no prosperaría, por lo mismo que la Corte ha concluído que las minas a que se refiere el presente pleito no han caído en abandono.

La doctrina que informa todo este fallo, o sea que si las minas de La Sapera y Playa de Palo Occidental nó están redimidas, no por eso puede sostenerse que hayan caído en abandono por falta de pago, es más que suficiente para fundamentar la conclusión de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín y hace inoperantes los cargos del recurrente, que los ha estudiado todos la Corte por vía de método y en virtud de disposición legal, puesto que la sentencia no se casa, por cuanto, este debate, se repite, ha girado sobre si las mencionadas minas cayeron o nó en abandono por falta o deficiencia en el pago de los impuestos. No se ha demostrado tampoco que se trate de otra mina distinta de las ya mencionadas, luego bastaba que se demostraran los pagos hechos por concepto de impuestos respecto de las minas Playa de Palo Occidental y La Sapera.

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

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE DEVOLUCION DE DINEROS POR EL PAGO DE IMPUESTOS — TECNICA DE CASACION — CONCEPTO CIENTIFICO SOBRE CONSUMO — IMPUESTOS.

1. Cuando la pretendida violación de ley sustantiva se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente. Es indispensable para la procedencia de la demanda en estos casos que el recurrente alegue y demuestre, con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas, o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidentemente en el proceso — 2. La violación de disposiciones de la legislación departamental o municipal no da lugar al recurso de casación, pues para éste se requiere que la violación haya sido de disposiciones de la ley sustantiva nacional. — 3. El artículo 3º de la Ordenanza antioqueña número 45 de 1921 contiene la doctrina de que el consumo, económicamente considerado, es la etapa final en el proceso de la riqueza y consiste en la aplicación que del producto se hace a la necesidad o fin para que fue creado; prohibe el doble cobro del impuesto y establece la obligación municipal de devolverlo en el caso de que sea cobrado en un distrito en razón de productos que luégo salgan de su territorio para ser realmente consumidos en otro. Este concepto está de acuerdo con los principios científicos de la hacienda pública y con la jurisprudencia de nuestros tribunales administrativos. Además, coincide con los artículos 4º de la ley 33 de 1916 y 1º de la 14 de 1917.—4. Todos los impuestos, cualquiera que sea su categoría dentro de la organización constitucional, siempre tienen su fuente y fundamento en la ley nacional, y no puede existir ninguna contribución departamental ni municipal que no haya sido previamente autorizada por ella. Siempre es la ley causa de las obligaciones en materia impositiva, ya se trate de su recaudo o de la devolución de lo que ha sido pagado en los casos en que la repetición está autorizada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, mayo diez de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Antecedentes

Del proceso resulta establecida la exactitud de los siguientes hechos en que se ha originado este litigio:

La "Cervecería Libertad", sociedad anónima domiciliada en Medellín, introdujo al territorio de este distrito, con destino a la elaboración de cervezas en sus fábricas, varios artículos o mercaderías extranjeras, cuyo detalle se hace en la demanda, con un peso total de 355,982 kilogramos.

Sobre el peso de estos artículos, a razón de dos centavos por kilogramo, cobró el tesoro de Medellín por impuesto municipal de consumo de mercancía extranjera, la suma de $ 7,119.64, que abonó la cervecería al tesoro del distrito.

Cervecería Libertad dio a Cervecería Unión las mercancías de que se ha hablado, en su empaque de importación en la ciudad de Medellín, el 28 de mayo de 1930 en pago de unas acciones que la primera tomó en la segunda de las sociedades mencionadas.

Los referidos artículos, que se encontraban en la ciudad de Medellín el 19 de agosto de 1930 en los almacenes de la Cervecería Unión, según lo certifica el recaudador del impuesto de consumo, fueron trasladados, sin haber sufrido ninguna transformación, al territorio del Municipio de Itagüí, donde Cervecería Unión tiene sus fábricas y donde fueron consumidos en la elaboración de cervezas. En este último distrito se cobró también impuesto de consumo por estas mercancías extranjeras, impuesto que pagó la Cervecería Unión.

Como estos artículos no fueron consumidos en el Municipio de Medellín si no en el de Itagüí, y en ambos se pagó el impuesto de consumo, la Sociedad Cervecería Libertad, considerando que el primer pago era indebido e inaceptable en ningún caso la doble tributación, pidió al Concejo de Medellín la devolución de lo pagado. El Concejo resolvió negar esta devolución, no porque no aceptara los hechos en que se fundaba la petición, sino por considerar que la recaudación del impuesto había sido bien hecha en el distrito capital porque las mercaderías a que se ha hecho referencia fueron vendidas allí y esta venta constituye el consumo gravado por el Municipio.

En estas condiciones Cervecería Libertad, representada por su liquidador, inició juicio ordinario ante el Juzgado 2º del Circuito contra el municipio de Medellín, representado por el Personero, en libelo de fecha 2 de octubre de 1935, para que en la sentencia definitiva se declare:

"A) Que el distrito de Medellín está obligado a devolver a Cervecería Libertad, sociedad anónima de este domicilio, la cantidad de $ 7,119.64, cantidad cobrada como impuesto por el consumo en el territorio del distrito de Medellín, de los artículos enumerados y determinados en el hecho primero de los fundamentos de esta demanda.

B) Que debe pagar a la misma sociedad intereses del 6% anual sobre la cantidad enunciada en la petición anterior, desde el día 29 de septiembre de 1930, hasta el del pago".

Traído en esta forma el negocio a la vía judicial, se decidió en primera instancia por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín en sentencia de fecha 2 de octubre de 1935, así:

"a) El distrito de Medellín está obligado a devolver a Cervecería Libertad, sociedad anónima de este domicilio, en liquidación, la cantidad de $ 7,119.64, cantidad cobrada como impuesto por el consumo en territorio del distrito de Medellín, de los artículos enumerados y determinados en el hecho primero de los fundamentales de la demanda, pero excluyendo de esta suma el valor pagado por los artículos sobre los cuales no cobró impuesto el municipio de Itagüí, o sean $ 448.92 que se pagaron por los toneles en este distrito, cuyo peso fue de 22,446 kilos, a razón de dos centavos por cada kilo".

"b) Así mismo debe pagarle a dicha sociedad los intereses del 6% sobre la cantidad enunciada en la anterior declaración, desde el día 29 de septiembre de 1930, hasta el del pago".

"c) No fueron probadas las excepciones propuestas".

La sentencia acusada

Recurrido el fallo de primer grado por el respectivo Agente del Ministerio Público, subió el negocio al Tribunal del Distrito Judicial de Medellín que finalizó la segunda instancia con sentencia de 19 de mayo de 1939, en que se confirmó la proferida por el Juzgado del Circuito. Es esta sentencia definitiva la que se acusa en casación por recurso oportunamente interpuesto contra ella por el Fiscal 2º del Tribunal sentenciador, y cuyos fundamentos principales se expresan sintéticamente a continuación:

Sobre el mérito de las pruebas aducidas en el juicio, enumeradas minuciosamente en la sentencia, el Tribunal, lo mismo que el Juzgado de Circuito, consideró plenamente demostrados los hechos fundamentales de la demanda, en forma que la decisión del litigio se redujo a resolver la cuestión de "si el impuesto de Consumo de mercancías extranjeras se refiere o se causa por el expendio, venta o consumo comercial, o por el consumo material de las mismas".

Advierte el Tribunal que ni en las leyes, ni en las ordenanzas, ni en los acuerdos que establecen el impuesto se encuentra definido lo que ha de entenderse por consumo, por lo cual es necesario acogerse a la significación técnica que a este vocablo corresponde en las ciencias de la economía política y la hacienda pública que es en la que indudablemente fue usada en el texto legal, y que no es otro que utilizar la riqueza para la satisfacción de una necesidad, o darle el empleo o el fin en vista de los cuales ha sido creada. "Lo anterior indica — dice la sentencia — que la palabra consumo ha de entenderse en el sentido que le dan las ciencias de las finanzas, cuando se trata, como aquí sucede, de impuestos de esa especie, o sea, en el sentido de empleo de los bienes para su destinación natural; sin incluír allí por lo mismo el expendio y distribución de tales bienes, modalidades que pertenecen a la segunda etapa en el proceso de la riqueza. Lo que ocurre es que por la dificultad o imposibilidad que presentaría la fiscalización y cobro a cada consumidor efectivo, de aquel impuesto, tanto en nuestro país como en los extranjeros, se adopta un sistema de recaudación, que es el único factible, y que consiste en que se perciba por la entidad pública correspondiente al entrar a su territorio, viniendo a pagarlo así los introductores quienes a su vez lo cobran a los consumidores aumentando en la debida proporción el valor de los artículos vendidos. Pero ello es sólo una modalidad para la percepción del impuesto, sin que cambie su naturaleza intrínseca, o sea, que él grava sólo el consumo material o efectivo".

Estos mismos principios e ideas son los que informan el artículo 3º de la ordenanza antioqueña número 45 de 1921 que establece que "los impuestos de consumo, así departamentales como municipales, sólo podrán cobrarse una vez; y cuando se cobre en un municipio y el consumo se verifique realmente en otro, se harán las respectivas devoluciones". Con apoyo en esta disposición departamental y en el artículo 1494 del C. C. reconoce y declara la sentencia el derecho del actor a la devolución demandada.

El recurso

La defensa de los intereses municipales en el recurso de casación ha estado al cuidado del señor Delegado en lo Civil de la Procuraduría General de la Nación, quien ha acusado la sentencia del Tribunal por el primero de los motivos de casación señalados en el artículo 520 del C. J. por violación directa de ley sustantiva indebida aplicación de la misma y como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas. En el orden y con la separación con que se formulan se consideran los cargos.

a) "Basta leer la sentencia recurrida para comprender, sin asomo de duda que en ella se omitió totalmente apreciar las pruebas producidas por la parte demandada. Si el Tribunal examinó dichas pruebas, pero consideró que podría guardar silencio sobre ellas, erró de derecho, violando el artículo 471 del código judicial, y consecuencialmente los artículos 1494 y 2313 del código civil. Si lo que ocurrió fue que el Tribunal no vio las pruebas de que se trata, hubo error de hecho en la no apreciación de ellas. En uno o en otro evento, la causal de acusación aparece de manifiesto en el fallo".

Se considera:

En esta serie de afirmaciones sin razonamientos ni citas pertinentes de pruebas del proceso y que constituye la totalidad del primer cargo en la demanda de casa-

ción, no es posible encontrar los elementos de juicio y de estudio legalmente indispensables para su consideración. Cuando la pretendida violación de ley sustantiva se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente como en este caso sucedió para que la Sala avoque el análisis de las cuestiones de hecho del juicio con una nueva apreciación de las pruebas, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia debatida en las dos únicas instancias que concede la ley, sino a examinar si dados los hechos tales como los consideró establecidos o demostrados el Tribunal, ha habido en la aplicación del derecho violación de alguna disposición legal sustantiva. Es idispensable para la procedencia de la demanda en estos casos, como lo ordena la técnica legal del recurso y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas, o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidentemente del proceso. Por lo demás, como se dejó dicho atrás, es infundada la aseveración que hace el recurrente de que el Tribunal omitió la apreciación de pruebas que no indica porque en la sentencia recurrida está hecho detalladamente el recuento de los elementos probatorios aducidos al proceso en demostración de sus hechos fundamentales.

Esta acusación, pues, en la forma que se ha presentado, con olvido de la técnica del recurso y del objetivo institucional de la casación, no ofrece materia de estudio a la Corte.

b) Considera el señor Procurador que la sentencia viola el artículo 3 de la Ordenanza número 45 de 1921 del Departamento de Antioquia por errada interpretación e indebida aplicación, porque "el impuesto mira a la operación comercial de dar al consumo las mercancías y por eso lo paga quien ejecuta esa operación". Quien introduce mercancía extranjera y la da al consumo en el municipio donde rige el impuesto, debe pagar éste, aun cuando el consumo material vaya a efectuarse en municipio distinto". El que se consuman realmente las mercancías en un municipio determinado no quiere decir que se consuman materialmente para los efectos del artículo 3 de la Ordenanza 45 de 1921. Y como tal fue el sentido en que se aplicó dicho artículo por el Tribunal sentenciador, hubo por este concepto, indebida interpretación y aplicación de él".

Se considera:

Para que el recurso extraordinario de casación pueda realizar la finalidad principal a que legalmente está destinado, de unificar la jurisprudencia nacional, es indispensable que la infracción de que se acusa a la sentencia se refiera a trasgresiones del derecho sustantivo consagrado en los preceptos o normas generales de la ley, en el sentido de declaración de voluntad soberana en la forma prevenida en la Constitución Nacional, con imperio en todo el territorio de la República. El cargo que se estudia, consistente en el quebranto, por interpretación equivocada, de la disposición de una ordenanza departamental de carácter fiscal y de imperio circunscrito a una zona nacional, no da base al ejercicio de la jurisdicción de la Corte como tribunal de casación.

No obstante esta circunstancia, suficiente en sí para rechazar el cargo, se expresan algunas consideraciones en torno de la cuestión planteada por el recurrente, de las cuales resulta que el Tribunal no incurrió en equivocación jurídica al desatar el litigio en la forma en que lo hizo en la sentencia acusada.

El artículo 3 de la ordenanza antioqueña número 45 de 1921 es del tenor siguiente:

"Los impuestos de consumo, así departamentales como municipales, sólo podrán cobrarse una vez; y cuando se cobre

en un municipio y el consumo se verifique realmente en otro, se harán las respectivas devoluciones".

Esta disposición departamental, raíz y fuente del derecho reclamado en este pleito, contiene la doctrina de que el consumo, económicamente considerado, es la etapa final en el proceso de la riqueza y consiste en la aplicación que del producto se hace a la necesidad o finalidad para que fue creado; prohibe el doble cobro del impuesto, y establece la obligación municipal de devolverlo en el caso de que sea cobrado en un distrito en razón de productos que luégo salgan de su territorio para ser realmente consumidos en otro. Este concepto o significado en que se usa el vocablo consumo en las disposiciones fiscales referentes a este impuesto indirecto, no es otro que el que tiene de acuerdo con los principios científicos de la hacienda pública, como lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de nuestros tribunales administrativos.

"Consumir una riqueza es utilizarla para satisfacción de nuestras necesidades; es, pues, darle el empleo y el fin en vista de los cuales ha sido creada. El consumo es, por consiguiente, la causa final, y como tan cabalmente lo expresa su nombre, el cumplimiento de todo el proceso económico". (Charles Gide).

"El impuesto sobre los artículos de consumo, llamado también impuesto sobre el gasto, grava aquellos en el instante de darse al expendio para ser empleados en la satisfacción de necesidades, o en el momento de su fabricación sobre las materias primas o sobre el producto en vía de elaboración o elaborado, a diferencia del de aduanas, el cual afecta los objetos que entran al país o salen de él, sin consideración a que hayan de consumirse o nó". (Jaramillo. Hacienda Pública).

La interpretación que se dio en la sentencia a la disposición de la citada ordenanza de Antioquia, con base en el concepto económico del consumo, coincide con el criterio del legislador expresado en algunas leyes relativas a impuestos de consumo departamentales. Así, la ley 33 de 1916 dispone en su artículo 4º que "cuando el artículo que se extrae de un Departamento hayn pagado derechos de consumo, serán devueltos al interesado mediante la comprobación de la extracción", y de acuerdo con el artículo 1º de la ley 14 de 1917 "cuando el artículo que se extrae de un Departamento haya pagado derechos de consumo serán devueltos al interesado mediante la comprobación de la extracción y del pago de los respectivos derechos de consumo en el Departamento a que va destinado el artículo en referencia".

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente ilustrativa en razón de su competencia en materia de imposición fiscal, ha sido constante en el mismo sentido de la solución que adoptó la sentencia acusada para el caso de estudio, como puede verse de las siguientes transcripciones contenidas en el fallo del Tribunal:

"El Consejo juzga errada la conclusión que se pretende deducir del artículo citado (716 del C. C.) No hay absolutamente paridad entre el consumo a que alude tal disposición y el consumo a que como recurso fiscal ha ocurrido la Asamblea. El primero denota la facultad del dueño de la cosa fructuaria para disponer de los productos de ella, mediante su enajenación o mediante su destrucción por el consumo real o material. Son los modos de disposición que tiene el dueño de una cosa y se dicen frutos consumidos, pero con relación a él porque salen de su patrimonio tan pronto los enajena o los consume verdaderamente. Son efectos civiles los que el artículo nombrado ha querido regular al definir los frutos consumidos, es decir, expresa dicho artículo el fenómeno común de que quien vende los productos de sus cosas o los consume pierde la propiedad que tenía sobre ellos. El consumo de que trató la Ordenanza de la Asamblea del Valle es cosa distinta: consiste, como se dijo antes, en la aplicación del producto a las necesidades reales o ficticias del consumidor, en una palabra, en el aprovechamiento del artículo para fumarlo

mascarlo, etc, el Departamento. Son estos actos los que se gravan, no la enajenación hecha por el dueño de los frutos; y de aquí se deduce que esa enajenación no es el consumo que para los efectos fiscales contempla la Ordenanza acusada".

(Anales del Consejo de Estado, número 23, páginas 687 y siguientes).

"Todo ello está diciendo que lo que se quiere cobrar es un impuesto sobre el consumo y que, por razones de comodidad y para evitar el fraude, se hace efectivo a la introducción de la respectiva mercancía. Por medio de este artículo se grava el consumo de mercancías extranjeras y no la simple introducción y se establece una presunción respecto de las mercaderías que entren al municipio, las que se considera que serán consumidas allí para efectos de ese impuesto, quedando a cargo del consignatario la demostración, que se establece para seguridad y efectividad en el cobro del gravamen".

(Anales del Consejo de Estado, número 239 a 2144, página 467).

Ni aún en el caso de que no armonizara el artículo 3º de la Ordenanza número 45 de 1921 del Departamento de Antioquia con los principios y normas de la Hacienda Pública, habría base y oportunidad para la prosperidad de la casación, porque los términos en que está concebida esa disposición, son claros y precisos en el sentido de ordenar la devolución de lo recaudado por concepto de impuesto municipal de consumo cuando se cumplan las condiciones y circunstancias que han sido plenamente establecidas en estos autos, de manera que si la sentencia se conforma a este ordenamiento inequívoco resulta improcedente plantear la cuestión sobre tesis hacendarias cuyo desconocimiento o quebranto no puede afectar de ningún modo el imperio de la sentencia. Esta norma de la legislación fiscal de Antioquia ofrece suficiente fundamento para la decisión de este litigio, porque en ella se originan y a la vez se condicionan y limitan el derecho del Municipio de Medellín para cobrar el impuesto de consumo establecido en su acuerdo correspondiente y el derecho del actor para repetir lo pagado por estar en el caso de la devolución allí prevista. Las asambleas departamentales, en efecto, fijan y determinan los impuestos que pueden establecer las municipalidades y las condiciones para su cobro, y los municipios, por medio de acuerdos de sus Concejos, no pueden imponer contribuciones sino dentro de los límites y autorizaciones de las leyes y de las ordenanzas. (Artículos 195, C. N., 169, ordinal 2, y 196 de la ley 4 de 1913). El impuesto municipal que se salga de las condiciones de la ordenanza, carece de causa, y su retención da lugar a un indebido enriquecimiento por parte del tesoro del Distrito.

Extraídas del territorio municipal de Medellín las materias primas a que se refiere la demanda, en sus empaques originales, sin haber sido consumidas en la fabricación del artículo a que estaban destinadas, y habiéndose pagado por ellas impuesto municipal en Itagüí, distrito donde se realizó su consumo realmente, no hay duda de que el pago que se hizo al municipio de Medellín por razón de su consumo no realizado quedó sin base al tenor de la norma fiscal departamental y que la devolución de lo pagado debe ser procedente por falta de causa para retenerlo. Establecidos plenamente los hechos conducentes, es la **actio in rem verso** como lo tiene establecido la jurisprudencia, la vía para restaurar el equilibrio de los dos patrimonios que se enfrentan en el litigio.

Estas últimas consideraciones sirven igualmente para contestar el cargo final, formulado también por el recurrente en su demanda, de violación del artículo 1494 del C. C., "por cuanto se declaró una obligación a cargo del municipio de Medellín, sin que aparezca originada en alguna de las fuentes que consagra este artículo".

Apenas sí es necesario recordar, para negarle acogida a este argumento del señor Procurador, que todos los impuestos, cualquiera que sea su categoría dentro de la organización constitucional, siempre tienen su fuente y fundamento en la ley nacional, y que no puede existir ninguna

contribución departamental ni municipal que no haya sido previamente autorizada por ella. Siempre es la ley la causa de las obligaciones en materia impositiva, ya se trate de su recaudo o de la devolución de lo que ha sido pagado en los casos en que la repetición está autorizada. Lo que evidentemente carece de causa jurídica es la pretención municipal de retener lo recaudado en razón de un impuesto cuando su devolución se debe de acuerdo con lo estatuído en una ordenanza departamental.

Con apoyo en 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 19 de mayo de 1939, que ha sido materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas. (Artículo 576, C. J.)

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón Srio en ppdad.

REIVINDICACION — INCONGRUENCIA—NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION REIVINDICATORIA — POSESION DEL COMUNERO — APRECIACION DE PRUEBAS

1. La incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos de la controversia (ultra petita); o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio (extra petita); o porque se condenare a más de lo pedido (plus petita); o porque no se fallare sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo (minima petita). Unicamente en alguna de tales circunstancias hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demanda y la resolutiva de la sentencia. Más nunca tal disonancia podrá hacerse consistir en que el Tribunal sentenciador haya considerado la cuestión de manera diferente a como la aprecia alguna de las partes litigantes, lo que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguna de éstas. — 2. La acción reivindicatoria se origina del derecho de dominio y da ocasión a un proceso en que se discute la calidad de dueño. Tiene siempre por objeto una cosa singular, esto es, individualizada, determinada y cierta, pero hay universalidades de hechos, como un rebaño o una biblioteca, que pueden reivindicarse. Tres requisitos, por lo tanto, se requieren para su ejercicio: a) dominio por parte del demandante; b) posesión por parte del demandado, y c) cosa singular individualizada, o derecho real, o cuota determinada de una cosa singular. Al reivindicante compete evidenciar su derecho de dominio y debe hacerlo en forma tal que desvirtúe la presunción establecida a favor del poseedor demandado, dado que la posesión es un fenómeno proveniente de una situación estable y merece el respeto yprotección de la ley. Esta acción impone al actor la carga de probar su derecho de propiedad. Cumplidos tales requisitos, la acción reivindicatoria debe prosperar, a menos que se le opongan y triunfen excepciones perentorias, debiendo concretarse el debate a la entrega y restitución del bien social sobre el cual versa. A quien alega dominio le es suficiente presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho; la presunción de dominio consagrada por el artículo 762 del C. C. desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, dado que el poseedor demandado queda, en tal caso, obligado a exhibir otro título que compruebe un derecho de propiedad igual o superior al del actor. — 3. Es principio reconocido por nuestra jurisprudencia el de que todo comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente para sí, sino también a nombre de sus condueños, porque tal situación de condominio crea una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y de sus efectos. Si la posesión es común y se ejerce por cada uno de los comuneros en nombre de la comunidad, fluye la obligada conclusión de que no se puede usucapir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho pro-indiviso; y a ninguno de los tales le es dado alegar prescripción adquisitiva, con el fin de que se declare en su favor exclusivo el dominio de la cosa común. Esta úl-

tima doctrina se deduce de los artículos 779, 943 y 2525 del C. C. El fenómeno de la prescripción adquisitiva por parte de un comunero es verdad que puede presentarse en el caso de que éste haya poseído como dueño exclusivo toda la cosa común, con desconocimiento de los derechos de los otros comuneros; pero es indudable que tal caso de excepción entraña sobre todo una cuestión de hecho, susceptible de ser demostrada plenamente en el proceso por medio de elementos probatorios que evidencien tal situación especial, en lo que atañe al ánimo del comunero que demanda la adquisición del dominio por usucapión. 4. Nuestro derecho procesal otorga al juzgador de instancia plena libertad de apreciación de los elementos probatorios aportados en el juicio, dentro de las reglas generales de sana crítica y de la tarifa legal de pruebas, sin que se pueda reformar tal estimación, sino en caso de haberse incurrido en error de hecho manifiesto o en error de derecho en tal apreciación. — 5. Para que exista la posesión material sobre un fundo no es necesario que se realicen actos positivos a que sólo da derecho el dominio, en cada uno de los sectores o parcelas. Basta con que el pretendido poseedor someta la totalidad de la finca a la debida explotación económica, como se deduce de la ley 200 de 1936.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1. José Tadeo Castañeda compró a Felipe Neira, según escritura número 318, de 9 de julio de 1889, otorgada en Anolaima, unos derechos de montaña ubicados en el punto de Tocarena, jurisdicción de aquel municipio, y alinderados según la demarcación señalada en dicho instrumento.

2. En el juicio mortuorio de Castañeda, seguido en el Juzgado sexto del Circuito de Bogotá y protocolizado por escritura número 1915, de 26 de septiembre de 1923, Notaría Segunda de esta ciudad, se adjudicó la finca de que trata el punto precedente, por cuotas proindivisas, a la cónyuge sobreviviente Lucía Parra de Castañeda y a los hijos legítimos Abraham José Joaquín, Pedro Antonio Juan de Dios y Magdalena Castañeda.

3. El demandado Juan C. Díaz pretende derivar dominio y posesión sobre una porción de terreno comprendida dentro de la alinderación general del globo de tierra cuyo dominio también pretenden los actores, por compra que hizo a varios adjudicatarios de los resguardos de indígenas de Anolaima, en la partición y adjudicación que de esos resguardos se hizo en el juicio respectivo, seguido en el Juzgado Primero del Circuito de Facatativá, diligencia de partición y adjudicación tomada del juicio mencionado y que parece ser la fuente común de donde derivan las partes contendientes en este pleito sus encontradas pretensiones de dominio sobre derechos de montaña sobre el mismo punto de Tocarena.

Juicio ordinario

Ante el Juzgado Segundo del Circuito de Facatativá inicia este ordinario la señora Lucía Parra de Castañeda, viuda de José Tadeo Castañeda, en su propio nombre y como representante de sus menores hijos, señalando como demandado a Juan C. Díaz y haciendo las siguientes súplicas:

1ª A restituír a los cuatro demandantes la porción de terreno poseída por el demandado y determinada en el hecho cuarto del libelo; 2ª A pagar a los demandantes los frutos naturales y civiles producidos por el predio materia de esta restitución; y 3ª A pagar las costas del juicio.

Tramitada la primera instancia, el juez a quo le puso término en sentencia de 3 de marzo de 1931 en la cual absuelve a la parte demandada de los cargos formulados y dispone dejar la actual situación de cosas sobre los terrenos litigiosos, en el estado en que se encontraban al entablarse la demanda.

Funda este fallo el juez sentenciador en la predominante consideración de que son múltiples los títulos de propiedad invocados en su favor por las partes, y al leerlos, se concluye que cada uno habla de diferentes linderos o demarcaciones de lo que fue materia de tales tradiciones. Agrega que es poco menos que imposible armonizar esos límites confusos, para sacar en claro sin vacilaciones qué vendió cada comunero a cada uno de los litigantes compradores, que ahora se disputan el dominio de lo que fue materia de esas transacciones. Concluye sosteniendo que han exhibido ambas partes instrumentos públicos que sirven de título a sus respectivos derechos, debiendo solucionarse en todo caso las dudas e incertidumbres en favor del demandado, de acuerdo con un imperativo aforismo de derecho que hoy tiene universal aceptación; y no teniendo la parte actora acreditado de manera nítida su derecho de dominio total y único sobre lo reclamado, es lógico desechar sus pretensiones y conservar el statu-quo existente al trabarse la litis.

La sentencia acusada.

En virtud de apelación interpuesta por la parte demandante le correspondió conocer de la segunda instancia al Tribunal Superior de Bogotá, y agotada la tramitación, la decide en sentencia de 20 de marzo de 1939, confirmando en todas sus partes el fallo apelado.

Esta providencia del Tribunal, que viene a ser materia del presente recurso de casación, acoge los mismos argumentos del sentenciador de primer grado y concreta así su decisión:

"De la exposición precedente resulta, pues, demostrado que ambas partes contendientes en este pleito tienen títulos de propiedad o dominio inscrito sobre el globo de terreno rural comprendido dentro de la alinderación general que trae la escritura 318, del cual forma parte la porción que se reivindica, títulos de equivalente o parecido valor jurídico y más o menos del mismo contenido cuantitativo respecto al derecho abstracto o concreto de dominio sobre que recaen. Y como la parte o porción reivindicable forma parte de ese globo general y se halla dentro de los límites o linderos del mismo, conforme se constató en la diligencia de inspección ocular que practicó el señor Juez del conocimiento sobre el terreno, al tenor de la transcripción que del acta respectiva se hizo en otro lugar de este fallo, síguese de todo ello que los títulos examinados no dan asidero legal para radicar o fijar el dominio exclusivo y propio de la referida porción reivindicable en cabeza de una de las dos partes militantes en este juicio, con exclusión de la otra, y, por consiguiente, no está probado el dominio exclusivo de la parte demandante sobre el lote o porción reivindicable, con los títulos que presentó a este juicio".

Recurso de casación

La misma parte actora interpuso el recurso de casación contra el fallo anterior, y alega las causales primera y segunda de las consagradas en el artículo 520 del C. J., las que apoya en los siguientes motivos de tacha:

Primer cargo.

Error de hecho evidente en la apreciación de la demanda y violación directa de los artículos 764, 765, 769, 950, 951, 2512, 2528 y 2529 del C. C.

Sostiene el recurrente que en la demanda se invocó la escritura número 318 de 1889, de un lado, para establecer por este solo título el derecho de dominio alegado por la parte demandante; y de otro lado, como justo título que, agregado a la posesión regular en un lapso mayor de

diez años, produjo la prescripción adquisitiva a favor de Tadeo Castañeda, quien transmitió ese dominio a sus herederos, que son los demandantes en este juicio. Si está plenamente demostrado que Castañeda fue poseedor material e inscrito del terreno que se reivindica desde que lo adquirió en 1889 hasta 1914, en que se apoderó de éste el demandado Díaz, ha quedado establecido que fue poseedor regular del inmueble durante un lapso mayor de diez años, porque su buena fe se presume, y adquirió por prescripción ordinaria el dominio del mismo; de manera que al no decidirlo así el sentenciador, violó por infracción directa los preceptos ya indicados del C. C.

Segundo cargo.

El sentenciador dejó de apreciar determinadas pruebas de la parte actora, en cuanto ellas demuestran los hechos fundamentales de la demanda, e incurrió en error de hecho evidente y en error de derecho que lo condujeron a la violación de los artículos 1759 del C. C. y 594, 632 y 697 del C. J., por infracción directa de unos e interpretación errónea de otros.

Fúndase en que la escritura número 318 de 1889, la diligencia de inspección ocular con los dictámenes y plano elaborados por los peritos, así como todas las declaraciones de testigos y la copia de la diligencia de deslinde, demuestran plenamente el derecho de dominio de la parte actora sobre la porción del fundo que se pretende reivindicar; y el sentenciador, en la hipótesis que contempló en el fallo, dejó de apreciar las pruebas citadas.

Agrega que si al concluir el Tribunal que de los testimonios exhibidos "se sacan muy escasos datos que concretan actos de dominio ejercidos por Castañeda sobre la porción determinada de terreno montañoso que es materia de este pleito", quiso manifestar que tal elemento probatorio es deficiente, incurrió en error de derecho y violó por errónea interpretación el artículo 697 del C. J., y por violación directa el 594 de la misma Codificación.

Tercer cargo.

Sostiene el recurrente que el Tribunal, al afirmar que Juan C. Díaz entró a poseer en el año de 1914 con justo título y buena fe, incurrió en error de hecho y en error de derecho en la apreciación de todas las escrituras públicas exhibidas por dicho demandado y relacionadas en el fallo acusado; lo primero, porque en dicho año no habían sido aún otorgadas las referidas escrituras, con excepción de una, y porque ellas no expresan traslación de la propiedad del terreno disputado, sino de cosas distintas; y lo segundo, porque los contratos contenidos en las mismas escrituras no sirven por su naturaleza para transferir el dominio del citado terreno materia del litigio.

Alega también que si Castañeda adquirió el dominio por prescripción, los anteriores dueños de parcelas comprendidas dentro del terreno adquirido por Castañeda y de los cuales dice el demandado que proceden sus títulos, perdieron el dominio y no lo pudieron transmitir a Juan C. Díaz, quien por esa circunstancia nada adquirió por virtud de las compraventas que relacionan los instrumentos presentados por éste. Además, de acuerdo con los artículos 51 de la Ley 105 de 1890 y 343 del nuevo Código Judicial, la excepción de prescripción no puede ser reconocida en la sentencia si no ha sido alegada o propuesta por el demandado; de manera que al reconocerla, incurrió el sentenciador en error de hecho evidente y violó directamente los preceptos que acaban de indicarse.

Cuarto cargo.

Al formularlo ataca el recurrente aquellos pasajes de la sentencia en que se sostiene que las titulaciones presentadas, por su fuente común, por su falta de encadenamiento no interrumpido con el título primitivo, originarios del reparto de los resguardos de indígenas de Anolaima, dejan traslucir apenas la existencia de una comunidad ilíquida entre algunos de los

causahabientes, entre quienes se cuentan las partes en este juicio. Esto sentado —sigue el Tribunal— bien sabido es que entre comuneros por regla general no puede deducirse con éxito la acción reivindicatoria, y que es otra diferente la que la ley consagra para salir del estado de indivisión.

En una larga y algo confusa exposición argumenta el recurrente que no existe tal comunidad, y finaliza este cargo concluyendo que la sentencia ha infringido, por aplicación indebida, los artículos 943 y 2525 del C. C.; y por violación directa, el 950 de la misma Codificación.

Quinto cargo.

La sentencia recurrida no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, no solamente porque dejó de resolver sobre la acción reivindicatoria incoada, sino porque falló sobre la acción que el artículo 951 del C. C. concede, 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. De todo lo cual deduce que el sentenciador dejó de resolver sobre la cuestión propuesta y que en cambio decidió sobre un punto que no es materia de la controversia.

Estudio de los cargos.

— I —

Observando el orden lógico de las tachas invocadas, según la naturaleza de éstas, merece el primer lugar la que se funda en la segunda de las causales consagradas por el artículo 520 del C. J., y que la hace consistir el recurrente en falta de consonancia entre lo pedido por las partes y lo decidido por el fallo que se acusa.

Apenas habrá que repetir lo que de manera uniforme viene sosteniendo la Corte en su jurisprudencia, de que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (**ultra petita**); o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio (**extra petita**); o porque se condenare a más de lo pedido (**plus petita**); o porque no se fallare sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo (**minima petita**). Unicamente en algunas de tales circunstancias hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demanda y la resolutiva de la sentencia. Mas nunca tal disonancia podrá hacerse consistir en que el Tribunal sentenciador haya considerado la cuestión **sub judice** de manera diferente a como las aprecia alguna de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguno de éstos.

En el caso de autos, no existe la pretendida incongruencia, porque las acciones incoadas fueron precisamente las reconocidas y consagradas por los artículos 946 y 951 del C. C., otorgadas al que se considera dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, y al que ha perdido la posesión regular y se halla en el caso de poder ganar por prescripción la cosa, aunque no pruebe el dominio. Basta leer el libelo para llegar a esta conclusión, dado que en la primera súplica piden los actores que se les restituya la porción de terreno poseída por el demandado; y a continuación hacen otra súplica subsidiaria, concebida en estos términos: "Aunque José Tadeo Castañeda no hubiera adquirido legalmente por la compraventa invocada el inmueble en cuestión, con el justo título que tenía, la buena fe y la posesión continua y tranquila de que gozó durante más de diez años la habría adquirido por prescripción, la cual alegamos también. Respaldan nuestra acción los artículos 950, 951 y siguientes....."

En forma tal que precisamente se falló sobre lo pedido y propuesto, vale decir, sobre la acción reivindicatoria y sobre la similar que consagra el artículo 951 del C. C.

También carece de fundamento la ta-

cha de disonancia consistente en que el demandado no interpuso la acción de prescripción y la sentencia la reconoce y consagra como soporte de su decisión. El fallo acusado tiene como soportes de sus conclusiones absolutorias consideraciones jurídicas muy distintas a la indicada y que se refieren claramente a la falta de completa demostración del derecho de dominio por parte de los actores. Si bien es verdad que la sentencia alude en uno de sus pasos a que es un hecho indudable que el demandado Díaz entró a poseer, con igual justo título y buena fe, la región donde se radica el lote reivindicable, desde 1914 en adelante, de tal alusión no puede deducirse que ésta sea la consideración jurídica fundamental del fallo acusado, el cual quedaría en pie aún rectificada por la Corte, si tal fuere el caso.

— II —

La acción reivindicatoria se origina del derecho de dominio y da ocasión a un proceso en que se discute la calidad de dueño. Tiene siempre por objeto una cosa singular, esto es, individualizada, determinada y cierta, pero hay universalidades de hechos, como un rebaño o una biblioteca, que pueden reivindicarse.

Tres requisitos, por lo tanto, se requieren para su ejercicio: a) dominio por parte del demandante; b) posesión por parte del demandado, y c) cosa singular individualizada, o derecho real, o cuota determinada de una cosa singular.

Al reivindicante compete evidenciar su derecho de dominio y debe hacerlo en forma tal que desvirtúe la presunción establecida a favor del poseedor demandado, dado que la posesión es un fenómeno proveniente de una situación estable y merece el respeto y protección de la ley.

Esta acción impone al actor la carga de probar su derecho de propiedad. Cumplidos tales requisitos, la acción reivindicatoria debe prosperar, a menos que se le opongan y triunfen excepciones perentorias, debiendo concretarse el debate a la entrega y restitución del bien sobre el cual versa.

Apreciándose desde un punto de vista meramente teórico el fenómeno de técnica procesal relacionado con el ejercicio de la acción reivindicatoria, pueden sentarse dos premisas iniciales, a saber: a) a quien alega dominio le es suficiente presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho; b) la presunción de dominio consagrada por el artículo 762 del C. C., desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, dado que el poseedor demandado queda, en tal caso, obligado a exhibir otro título que acredite un derecho de propiedad igual o superior al del actor.

— III —

Sentados los anteriores principios, necesarios para definir la cuestión debatida y las acusaciones formuladas en casación, entra la Corte a estudiar cuál es en realidad de verdad la situación jurídica en que se encuentran las dos partes enfrentadas en esta controversia.

Deriva su derecho de dominio la parte actora de la escritura pública número 318 de 1889, en la cual se hizo constar la venta que Felipe Neira hace a José Tadeo Castañeda de unos derechos de montaña ubicados en el punto de Tocarena, jurisdicción del Distrito de Anolaima. Tales derechos los hubo el tradente Neira así: un derecho de Ignacio y Remigio Gutiérrez, por escritura número 145 de 1887; otro derecho de Sagrario Moreno, por la número 65 de 1885; otro de Pilar Torres, por la número 39 de 1884; otro de Isaías Moreno, por la número 401 de 1887; otro de Mateo Castañeda, por la número 419 de 1884; y otro de Antonia Moreno, por la número 395 de 1875. Todos estos derechos de montaña en Tocarena se originan de adjudicaciones que se hicieron a los susodichos vendedores, al hacerse la partición y adjudicación del resguardo de indígenas de Anolaima a que ya se alu-

dió en capítulo anterior de este fallo, lo que convierte a Castañeda en causahabiente a título singular de tales comuneros vendedores.

Pero resulta que el demandado Juan C. Díaz también pretende derivar el dominio y posesión sobre el globo de terreno que ocupa y que es materia de esta reivindicación, como causahabiente a título singular de derechos que adquirió de manos de algunos adjudicatarios comuneros, en los resguardos de indígenas de Anolaima, adjudicaciones verificadas desde el año de 1858. Al efecto, exhibió copia de la escritura pública número 733 de 1920, otorgada en Facatativá, sobre protocolización de una copia de las hijuelas de adjudicaciones hechas a José María Díaz, Martín Salgado, Eustaquio Serrano, Eugenio Serrano, Santos Delgado, Alejandro Bautista y Felipe Silva, de 15 hectáreas y 4,666 metros cuadrados a cada uno, en los referidos resguardos, en su calidad de indígenas.

Fuera de dicho instrumento notarial, también ha exhibido las escrituras números 218 de 1910; 256 de 1916; 195 de 1918; 709 de 1912 y 252 de 1923, donde consta la venta que de derechos sobre ese mismo globo comunal le hicieron varios adjudicatarios o herederos de éstos.

Del estudio y confrontación que hace la Corte, tanto de la copiosa prueba documental anotada y presentada por ambas partes, como de la testimonial que viene a robustecerla y complementarla, deduce esta doble conclusión de hecho, que viene a ilustrar el criterio con que se deciden los cargos formulados:

Primera.—Ambas partes tienen exhibidos en el expediente numerosos títulos traslaticios sobre un mismo globo de tierras, antiguamente comunales y originarias de resguardos de indígenas, en el municipio de Anolaima. Tanto los títulos del actor como los del opositor se refieren en general a parcelas comprendidas dentro de la alinderación que trae la escritura número 218, de la cual forma parte la porción que se pretende reivindicar, títulos que tienen un parecido valor probatorio de dominio, y están comprendidas dichas parcelas dentro de los linderos del globo general, según se desprende de la diligencia de inspección ocular celebrada con peritos.

Segunda. — De los instrumentos traslaticios de dominio presentados por ambas partes se desprende su origen común, por referirse a venta de derechos individuales, o proindivisos sobre mortuorias sin liquidar. Tienen la mayoría de ellos diferentes y confusas alinderaciones y no ha podido establecerse el encadenamiento no interrumpido que los haga derivar de su título primitivo. Es evidente, por esa circunstancia, que dejan traslucir con claridad la existencia de una comunidad iliquida, por lo menos entre muchos de los vendedores de tales derechos a Castañeda y a Díaz.

Aceptada tal situación jurídica respecto a las dos partes, fluye entonces la consecuencia de que los elementos probatorios examinados no prestan mérito legal suficiente para poder radicar en uno solo de los litigantes, con absoluta exclusión del otro, el derecho de dominio sobre la porción de terreno reivindicado, circunstancia que es estrictamente necesaria para que pueda prosperar la acción incoada. Si no está demostrado el dominio exclusivo de la parte demandante, por lo menos respecto del demandado y con vista de los factores demostrativos exhibidos por éste, no puede tener viabilidad la aspiración reivindicatoria de los actores.

— IV —

La parte actora, al expresar en su libelo el fundamento de derecho de la acción, invoca además en su favor como prueba del dominio que pretende sobre la porción de terreno reivindicable, la prescripción adquisitiva ordinaria, alegando que Castañeda adquirió tal dominio por medio del justo título que tenía, la buena fe y la posesión tranquila y continua de que gozó durante más de diez años. Señaló como disposición el artículo 951 del C. C., que otorga esta acción, aunque no

se pruebe el dominio, al que ha perdido la posesión regular y se halla en el caso de poderla ganar por prescripción.

Como la sentencia acusada no quiso reconocer la existencia de tales circunstancias, presenta esa causal de tacha y solicita que por tal motivo se quiebra el fallo recurrido en casación.

La Corte considera:

Viene ya dicho en las anteriores consideraciones que por el hecho de derivar ambas partes litigantes su dominio, como causahabientes de numerosos adjudicatarios, en el globo comunal de Tocarena, muchos de los cuales originaban su derecho de propiedad de sucesiones ilíquidas, todavía subsistía allí una especie de comunidad de hecho, lo que imponía la conclusión de que la acción viable, en el caso de autos, no era la reivindicatoria, sino otra bien distinta para definir tal situación jurídica existente entre las partes.

Sentado esto, procede recordar que es principio reconocido por nuestra jurisprudencia el de que todo comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente para sí, sino también a nombre de sus condueños, porque tal situación de condominio crea una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y de sus efectos.

Ahora bien, si la posesión es común y se ejerce por cada uno de los comuneros en nombre de la comunidad, fluye la obligada conclusión de que no se puede usucapir contra un comunero mientras no se le reconozca su derecho proindiviso; y a ninguno de tales le es dado alegar prescripción adquisitiva, con el fin de que se declare en su favor exclusivo el dominio de la cosa común.

Bien es verdad que muchos combaten la anterior doctrina, fundándose en que no existe en el derecho colombiano precepto legal que de manera expresa sienta tal excepción al derecho de usucapir, en las relaciones entre comuneros. Empero, también puede observarse que, si en realidad no existe esa disposición especial que la consagre, la doctrina anotada se deduce, dentro de una amplia interpretación científica de nuestro sistema normativo, de numerosos textos del derecho patrio, entre los cuales pueden citarse los artículos 779, 943 y 2525 del C. C., preceptos que estatuyen que durante la indivisión la posesión y sus efectos entrañan especie de solidaridad entre comuneros (779); que si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos (943); y que si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras. (2525).

Reconoce la Corte que puede presentarse el caso de que un comunero pueda ganar por usucapión el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo requerido por la ley con ánimo de señor y dueño exclusivo y con desconocimiento de los derechos de los otros comuneros. Al presentarse tal evento, es indudable que sí puede realizarse el fenómeno de la prescripción adquisitiva, dado que el condueño poseedor se considera exclusivo propietario de la cosa poseída; pero es indudable que tal caso de excepción entraña sobre todo una cuestión de hecho, susceptible de ser demostrada plenamente en el proceso por medio de elementos probatorios que evidencien tal situación especial, en lo que atañe al ánimo del comunero que demanda la adquisición del dominio por usucapión.

Ha llegado, por lo tanto, la ocasión de que la Corte estudie tal cuestión de hecho, con sujeción a la técnica de esta clase de recursos, para decidir si la parte actora pudo demostrar judicialmente que tuvo la posesión regular de la cosa reivindicada, con exclusión absoluta de los demás comuneros.

Sostiene la sentencia acusada que no se ha demostrado tan especial circunstancia de la posesión exclusiva, en un párrafo que se estima conveniente transcribir y que dice: "De las pruebas de la parte actora resulta que don José Tadeo

Castañeda entró en posesión del globo general del terreno alinderado en la escritura número 318, a raíz de la compra que por ese instrumento hizo a Felipe Neira, o sea desde el año de 1889, ejecutando actos de dominio como la hechura de cercas, apertura de potreros, cultivo de tierras, explotación de la montaña, etc. Nutrido es el número de declarantes al respecto, pero del texto de sus exposiciones se sacan muy escasos datos que concreten actos de dominio ejercidos por el señor Castañeda sobre la porción determinada de terreno montañoso que es objeto de este pleito. Todos ellos se refieren, en general, a la hacienda de "Caprea" que corresponde al globo general de que habla la escritura 318. Por excepción dan cuenta algunos de estos testigos de que la porción en disputa estuvo arrendada por el señor Castañeda a los señores Carlos y Antonio María Ortiz, por los años de 1906 a 1908, y que estos arrendatarios ejercitaron quieta y pacífica posesión derivada o herencia de esa parte de la hacienda "Caprea".

De lo anteriormente transcrito se desprende que el Tribunal no estimó suficientemente demostrada tal posesión exclusiva por parte del causante de los actores, fundándose en que la prueba testifical exhibida no aportaba datos y factores de convicción adecuados para aceptar en juicio el ejercicio de actos posesorios constantes y pertinentes de dominio, por parte de Castañeda, sobre la porción de terreno que se pretende reivindicar. Y si tal fue la conclusión del sentenciador, a la Corte no le es dado rectificarla o modificarla en casación, porque nuestro derecho procesal otorga al juzgador de instancia plena libertad de apreciación de los elementos probatorios aportados en el juicio, dentro de las reglas generales de sana crítica y de la tarifa legal de pruebas, sin que se pueda reformar tal estimación, sino en caso de haberse incurrido en error de hecho manifiesto o en error de derecho en tal apreciación. No estando evidenciados esos errores, es de rigor conservar las conclusiones estimativas del Tribunal y rechazar por inoperante el cargo por este motivo formulado, por no existir violación de los preceptos señalados.

Pero cabe observar, por vía de doctrina, que para que exista la posesión material sobre un fundo no es necesario que se realicen actos positivos a que sólo da derecho el dominio, en cada uno de sus sectores o parcelas. Basta con que el pretendido poseedor someta la totalidad de la finca a la debida explotación económica. Así se desprende del nuevo estatuto sobre tierras, Ley 200 de 1936, que ha configurado sobre nuevas bases y elementos los fenómenos de la posesión y del dominio en el derecho colombiano.

Fallo:

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, **no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE. HIJUELAS COMO TITULOS DE DOMINIO.

1.—Conforme al artículo 765 del Código Civil las hijuelas son, por sí solas, títulos traslaticios de dominio y, por tanto, hay que considerarlas como suficientes para su comprobación, siempre que a éstas no se les oponga otro título anterior, pues en ese evento hay que remontar la cadena de títulos anteriores a la hijuela hasta dar con uno anterior al opuesto a ella. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, así sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el poseedor dueño mientras no se pruebe lo contrario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Tomás, Pedro y Tulia Londoño M., demandaron a Gonzalo Arango Angel para que se declare judicialmente, que el predio de los demandantes, denominado "El Potrico", no debe servidumbre de tránsito al predio del demandado llamado "Guzmanito".

El Juez de la instancia negó las peticiones de los demandantes y el Tribunal de Medellín, que conoció del asunto en grado de apelación, revocó el fallo de instancia y decidió:

A—La finca denominada "Potrico", situada en el municipio de Evéjico, comprendida por los linderos descritos en el hecho primero de la demanda del 23 de julio de 1936, de propiedad de María, Tulia, Pedro y Tomás Londoño M., no debe servidumbre de tránsito al inmueble demarcado por los linderos en el numeral segundo del mismo libelo, que figura como de propiedad del señor Gonzalo Arango A.

B—Ni el demandado Arango Angel personalmente, ni por interpuesta persona, para conducir semovientes, puede transitar por la finca "Potrico", de propiedad de los citados Londoño M.

C—Se condena a dicho señor Angel a pagarles a los expresados Londoño M., los perjuicios que les ha causado con el tránsito a que se refiere la demanda, perjuicios que se fijarán de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial; y

D—No se conmina al mismo demandado por multa alguna por cada vez que reincida en transitar por allí. Sin costas.

Contra este proveído se interpuso recurso de casación, que se concedió, y aceptado por la Corte, se pasa a considerar.

En dos memoriales se fundó el recurso, los cuales se estudian conjuntamente, ya que las acusaciones a la sentencia coinciden en ambos.

El Tribunal consideró que con las hijuelas presentadas en copia, expedidas por el respectivo notario, se comprobaba el dominio tanto de las demandantes como el del demandado, que habían adquirido esos predios: los primeros, por adjudicación que del "Potrico" se les había hecho en la sucesión de don Tomás Londoño, y el segundo, por adjudicación que en la liquidación y partición de la sociedad civil de Restrepo y Arango, del predio de "Guzmanito".

Este concepto del sentenciador es atacado por error de derecho en la apreciación de las pruebas, y a consecuencia de él, por quebrantamiento de los artículos 669 del Código Civil y 635 del Judicial, una vez que el Tribunal dio valor a las hijuelas no siendo ellas título suficiente para comprobar dominio, puesto que falta el título del causante, las certificaciones del

Registrador de Instrumentos Públicos que acrediten su origen y su supervivencia, la copia de la escritura de protocolización del juicio mortuorio del señor Londoño B., causante de los demandantes, y de la liquidación de la sociedad Restrepo y Arango.

Bien pudiera considerarse este ataque como un nuevo medio en casación, porque ni en la demanda ni en su contestación se plantea el punto jurídico de si las hijuelas, por sí solas, son títulos suficientes para comprobar el dominio, pero aceptando la acusación, se repara: que conforme al texto del artículo 765 del Código Civil, son títulos traslaticios de dominio los actos legales de partición, y por tanto hay que considerar que la hijuela es título suficiente para comprobar dominio, siempre que a ésta no se le oponga otro título anterior, pues en este evento hay que remontar la cadena de títulos anteriores a la hijuela hasta dar con uno anterior al opuesto a ella. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, así sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el poseedor dueño mientras no se pruebe lo contrario.

Párese la atención en que en el actual litigio no se discute dominio. Se presentaron esos títulos para acreditar, si así puede decirse, la personería sustantiva de las partes en el juicio sobre servidumbre de tránsito, en el cual ninguna de ellas reclamó contra el dominio de los fundos dominante y sirviente, y sería aberrante que en un juicio en que no se discute dominio y en que a la hijuela presentada para bastantear la personalidad sustantiva de las partes, no se opone título alguno, no se le diera valor siendo un acto legal de partición.

Podría agregarse igualmente que para que prospere la acción por violación del artículo 685 del Código Judicial, es indispensable que el recurrente señale la disposición de la ley que habla de títulos registrados, ya que el artículo del Código Judicial se refiere a los títulos registrados de que habla la ley, cuando ese título debe ser estimado por el juzgador en juicio controvertido, cosa que no se ha hecho en ninguna de las instancias del proceso.

Considérase que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 765 y 1401 del Código Civil por haber conceptuado que con las hijuelas se demostraba el derecho de dominio de las partes sobre los fundos dominante y sirviente.

Ya se ha visto que las hijuelas por sí solas, cuando a ellas no se opone otro título, son suficientes para demostrar dominio, por sus actos legales de partición que constituyen título traslaticio de aquel, al tenor del inciso 3º del artículo 765 del Código Civil, y no se ha desconocido por el sentenciador que los asignatarios sucedan exclusivamente al difunto en todos los efectos que les hubiere cabido, y que si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro, se procede como venta de cosa ajena.

Se alega que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 905 del Código Civil y que por ello interpretó erróneamente el artículo 9º de la Ley 95 de 1890, y para sustentar este reparo, prohija los argumentos expuestos por la Corte en sentencia de 2 de septiembre de 1937, en la cual se asentó que una comunicación deficiente de un fundo con la vía pública, equivale a un enclavamiento.

En el presente pleito no se estudia el caso para saber si una comunicación de un fundo con la vía pública, difícil, peligrosa o muy gravosa, de tal suerte que los productos del predio no tengan mercado por lo subido de su transporte y que no puedan competir en el comercio con productos similares, equivalga a una falta de comunicación, porque así no fue propuesta la litis, ni se adujeron pruebas para demostrar esa circunstancia, máxime cuando aparece que "Guzmanito" hace uso de una servidumbre de tránsito por el "Potrico", por un paraje denominado "Casa Vieja", que lo pone en comunicación con el camino público que de allí gira hacia Medellín y esta segunda es adecuada y suficiente para el servicio de

la finca "Guzmanito" según apreciación de los peritos, en la inspección ocular practicada en el juicio.

Adviértese de igual manera que en el pleito no se ha debatido la cuestión de saber si el predio de "Guzmanito" había adquirido por prescripción, el derecho de hacer uso de esa servidumbre, ni si ella se había constituido por destinación, extremos estos ajenos al debate judicial que escapan a los reparos que se les pueda hacer en casación.

Por lo expuesto la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

1. No se infirma la sentencia del Tribunal de Medellín de fecha 18 de noviembre de 1938;

2. Las costas son de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCIONES RESOLUTORIA DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION—ACCION DE RESOLUCION INICIADA DESPUES DE LA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. JURISPRUDENCIA ACTUAL DE LA CORTE SOBRE ESE PUNTO.—CADUCIDAD POR ABANDONO DE LA ACCION

1.—Cuando se ejercita la acción resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento de él, es necesario para que sea recibible aquella, que el juicio en que se demanda el cumplimiento no esté vigente, que haya terminado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no ha podido éste, en el juicio de cumplimiento, obtener la contraprestación que demanda. En otros términos: no pueden coexistir las dos acciones ni ejercitarse simultáneamente sino una después de otra, cuando la primeramente excogitada no ha producido los resultados buscados por el acreedor. — 2.Aunque uno de los medios legales de la terminación de un juicio es el de la caducidad por abandono, él no es aplicable a los juicios ejecutivos, de conformidad con el artículo 364 del Código Judicial actual. 3.—La condición resolutoria expresa sigue la misma regla de la tácita en el ejercicio de las dos acciones consagradas por el artículo 1546 del C. C., o sea, que ejercitada la de cumplimiento del contrato y no prosperando ésta o terminado el juicio por un medio legal, puede ejercitarse la resolutoria. — 4.—En un mismo juicio pueden entablarse la acción resolutoria de un contrato y su consecuencial, o sea la restitutoria, sin que sea necesario para ésta que previamente en juicio distinto se haya decretado la resolución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón)

Los antecedentes de este pleito, plenamente comprobados y sobre los cuales no hay disención entre las partes, son estos:

1º Antonio María Ocampo vendió a Jorge Caviria Echeverri la mitad proindiviso de la casa de tapia y teja y el terreno en que está edificada, situada en la carrera tercera de esta ciudad, marcada con el número doscientos setenta y deslindada como aparece de la escritura dos mil ciento setenta y nueve de diez y ocho de octubre de mil novecientos veintiocho corrida ante el Notario cuarto de esta ciudad de Bogotá. El precio de la venta fue el de nueve mil quinientos treinta y nueve pesos ($ 9,539) moneda corriente, de los cuales el comprador quedó debiendo al vendedor la cantidad de cinco mil pesos ($ 5,000.00) que se comprometió a pagarle seis meses después de la firma de la escritura.

2º El comprador, para mayor seguridad de su obligación, hipotecó la misma mitad de la casa que compró a Ocampo, pero la hipoteca no se registró por haberse dejado agotar el término legal para el registro de aquella. La obligación, por lo tanto del comprador y deudor al mismo tiempo, quedó meramente personal;

3º Del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá aparece que Jorge Gaviria Echeverri compró a Marco Aurelio Duarte por

siete mil quinientos pesos ($ 7,500.00) la otra mitad de la casa mencionada, según escritura número mil ochocientos noventa y dos de doce de septiembre de mil novecientos veintiocho, de la Notaría cuarta de esta ciudad;

4º El expresado Gaviria Echeverri vendió la totalidad de la casa expresada a Luis Sáenz Urueta según aparece de la escritura dos mil seiscientos noventa y seis de veintidós de diciembre de mil novecientos treinta pasada ante el Notario tercero de Bogotá. Esta venta fue hecha con pacto de retroventa por el término de seis meses y por escritura mil ciento noventa de veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y uno de la Notaría cuarta de Bogotá las partes contratantes declararon en firme la venta y por lo tanto libre de la condición de dicho pacto;

5º Sáenz Urueta traspasó la casa a Luis Ayabar y éste a la "American Educational Eudoment Fund" (Fondo Dotal Americano para Educación), domiciliada en el Estado de Nebraska, Estados Unidos de América, representada por Luis Sáenz Urueta, quien obró como apoderado de dicha sociedad. Escritura número mil cincuenta y ocho de veintidós de junio de mil novecientos treinta y cuatro de la Notaría primera de Bogotá. Cuando se hizo esa venta ya se habían edificado algunas casas en el lote primitivo;

6º El señor Gaviria Echeverri confesó y acepta que no ha pagado los cinco mil pesos que quedó debiendo del precio de la mitad del lote que le compró al señor Ocampo.

Este entabló la acción resolutoria del contrato de compraventa que consta en la escritura 2179 de 18 de octubre de 1928 ya mencionada, por falta de pago en el resto del precio, por incumplimiento de ese pacto y al mismo tiempo ejerciló la acción reivindicatoria. Señaló como demandados a Jorge Gaviria Echeverri, The American Educational Eudoment Fund y a Luis Sáenz Urueta. La acción resolutoria va dirigida contra el primero y la reivindicatoria contra los dos segundos.

En sentencia de 21 de septiembre de 1937, el Juez de primer grado, 7º de este Circuito, declaró probada la excepción perentoria de inexistencia de la acción deducida en este juicio y en consecuencia negó las peticiones formuladas en la demanda y absolvió a la parte demandada.

El actor apeló del fallo y el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la sentencia recurrida en fallo de 27 de marzo del año próximo pasado, fallo contra el cual el demandante interpuso recurso de casación, que procede hoy la Corte a decidirlo.

La sentencia recurrida.

Se funda ésta, en que estando comprobado en autos que Ocampo ejercitó la acción de cumplimiento del contrato, para la cual inició y siguió la correspondiente ejecución contra Gaviria Echeverri y estando pendiente ese juicio ejecutivo, no es procedente aún la acción resolutoria base de este pleito y se apoya en los artículos 1546 y 1930 del C. Civil. El Tribunal dedujo por ese concepto la excepción que calificó de inexistencia de la acción deducida en el juicio, propuesta desde el principio por el demandado Gaviria Echeverri.

El recurso

Apoyado en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial el recurrente hace dos cargos a la sentencia. Primero. Por violación de los artículos 1546 y 1930 del C. Civil y por no aplicación de los artículos 1524 y 1769 de la misma obra. Se funda este cargo en que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas por el demandado Gaviria Echeverri para establecer que el demandante estaba ejercitando simultáneamente las acciones de cumplimiento y resolutoria del contrato. En sentir del recurrente el Tribunal no apreció debidamente los certificados del Juzgado Segundo del Circuito en lo Civil, pues de otra manera y al tenor del artículo 54 de la Ley 105 de 1890 en relación con el 29 de la Ley 100 de 1899 habría concluido

que el juicio ejecutivo iniciado por Ocampo contra Gaviria había caducado por abandono. También agrega que el demandado Gaviria ha confesado que está en quiebra y que por lo tanto la acción ejecutiva iniciada contra él resultaba ineficaz. Segundo. Estima infringido, por no haberlo aplicado, el artículo 950 del C. Civil y por errónea interpretación de los artículos 1546, 1548, 1930 y 1933 de la misma obra. Además considera que no se dio aplicación a los artículos 342 y 343 del J. Judicial.

El recurrente estima que el Tribunal tomó como una sola las acciones resolutoria y reivindicatoria ejercitadas en el pleito y ésta en síntesis, es la base fundamental en que apoya su segundo cargo.

Estudio de los cargos.

La Corte considera:

El artículo 1930 del C. Civil no es sino la aplicación al contrato de compraventa del artículo 1546 de la obra citada que consagra una norma general para todos los contratos bilaterales. En un principio se sostuvo que escogida por un contratante la acción resolutoria o la de cumplimiento del pacto esa escogencia tenía un carácter exhaustivo y fatal, de modo que el insuceso legal en la prosperidad de la acción excogitada hacía imposible que el contrato pudiera luégo invocar la otra. Se aplicó pues, en todo su rigor, el principio del derecho romano, en el cual no se admitía la condición resolutoria tácita sino sólo la expresa que condicionó la figura jurídica del pacto comisorio. Mas un estudio y análisis detenido del asunto llevó más tarde a la jurisprudencia y a los expositores a una solución contraria, basada en textos expresos mejor interpretados y en razones de equidad. A partir del Código de Napoleón la condición resolutoria expresa quedó configurando el pacto comisorio, en el contrato de compraventa, y la tácita imperando como regla general en todos los pactos bilaterales. Desde Mercadé, Baudry-Lacantinerie y demás autores clásicos hasta los modernos como Colin y Capitant adhieren a esa última solución, lo mismo que el comentador Vélez, solución que consiste en sostener que si bien es cierto que no pueden ejercitarse simultáneamente las acciones resolutoria del contrato y de ejecución del mismo, o mejor que no pueden coexistir procesalmente, sí pueden ejercitarse ambas, una después de otra, cuando ha habido insuceso legal o imposibilidad de hacer efectiva la prestación correspondiente con la acción elegida en primer término.

La Corte en sentencia de 28 de mayo de 1926 (**Gaceta Judicial**, Tomo XXII, página 334), rectificando doctrinas de los tribunales y aún de esta misma corporación, definió claramente el asunto, y desde entonces no ha habido ninguna vacilación en jurisprudencia tan acertada. Dijo así la Corte: "La Corte considera que el principio sentado por el Tribunal, si bien exactamente riguroso en derecho romano, no lo es en el derecho moderno, pues si el acreedor ha fracasado en sus acciones para la ejecución de un contrato, no puede en justicia quedar inhabilitado para recuperar, por medio de la resolución, las cosas que ha entregado, si no ha obtenido el equivalente de sus prestaciones a causa del incumplimiento del deudor. Lo que quiere decir el artículo 1930 del Código Civil, en relación con el artículo 1546 de allí, es que el acreedor no puede ocurrir simultáneamente a dos remedios que se excluyen, y que una vez que ha prosperado uno de los remedios elegidos, queda el otro eliminado; pero en ningún caso puede entenderse la disposición en el sentido de que intentada sin éxito cualquiera de las acciones concedidas al acreedor para hacer efectivo su derecho, no pueda hacer uso de la otra en subsidio, como defensa del incumplimiento del deudor".

Cuando se ejercita pues la acción resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea recibible aquella, que el juicio en que se demanda el cumplimiento, no esté vigente, que haya ter-

minado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no ha podido éste, en el juicio de cumplimiento obtener la contraprestación que demanda. En otros términos: no pueden coexistir las dos acciones ni ejercitarse simultáneamente sino una después de otra, cuando la primeramente excogitada no ha producido los resultados buscados por el acreedor.

En el caso de autos resulta lo siguiente: El demandante Ocampo ejercitó, antes de este juicio, la acción de cumplimiento del contrato, iniciando ante el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá, la acción ejecutiva de cumplimiento contra el demandado Gaviria Echeverri para el pago de los cinco mil pesos que éste le quedó debiendo a aquél en razón del contrato de compraventa celebrado entre los dos y de que ya se ha hecho mérito.

Al folio segundo del cuaderno número 5 aparece el siguiente informe del Juez 2º del Circuito de Bogotá: "El Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá, en cumplimiento de lo solicitado en el anterior despacho, informa: que el juicio ejecutivo que Antonio María Ocampo adelanta ante este despacho contra Jorge Gaviria Echeverri, permaneció en suspenso desde el diez y ocho de abril de mil novecientos treinta y dos hasta el día veinticuatro de enero de mil novecientos treinta y cinco, fecha en que el doctor Ocampo, ejecutante, solicitó el desglose del instrumento base del recaudo ejecutivo, juicio que en la actualidad se halla en el archivo del Juzgado. Bogotá, mayo catorce de mil novecientos treinta y ocho".

Uno de los medios legales de la terminación de un juicio es el de la caducidad por abandono, pero este medio no es aplicable a los juicios ejecutivos. De ahí que el inciso final del artículo 364 del C. Judicial diga lo siguiente: "En los juicios ejecutivos y de concurso de acreedores no tiene cabida la caducidad; en ellos sólo se decreta el desembargo de los bienes y el levantamiento del secuestro en caso de abandono".

Luego aun cuando el juicio ejecutivo de que se ha hecho mérito se halle archivado, ello no quiere decir que la acción ejecutiva haya caducado y entonces esté paralizado en su actuación pero vigente en la relación procesal que él entraña. En otros términos y de acuerdo con el certificado que se acaba de transcribir: En el momento de la iniciación de la demanda que ha dado origen a este pleito, o sea cuando se ejerció la acción resolutoria por el doctor Ocampo, estaba vigente la acción de cumplimiento del contrato que había entablado en el Juzgado 2º del Circuito en lo Civil.

Aun cuando la acción de cumplimiento se entabló antes de la vigencia del Código Judicial actual, como del certificado transcrito aparece que la suspensión se inició desde el 18 de abril de 1932, las disposiciones aplicables sobre caducidad y abandono son no las del antiguo Código sino las del hoy vigente, de acuerdo con el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931.

La copia que corre a los folios 3 a 5 del cuaderno número 3 en la cual están insertas varias piezas del juicio ejecutivo seguido por Ocampo contra Gaviria Echeverri en nada infirman o desvirtúan el informe o certificado que se transcribió en esta sentencia. De esas copias aparece que se dictó auto ejecutivo, que se denunciaron bienes y se embargaron y que el ejecutado dio fiador de saneamiento que fue aceptado sentándose la respectiva diligencia. Por este aspecto resulta además que no puede afirmarse aún, que haya habido insuceso legal al ejercitarse la acción de cumplimiento del contrato por el demandante Ocampo.

Es cierto que el demandado aseveró que estaba en quiebra, pero si, por un lado, la simple aseveración de un deudor sobre que está en quiebra no lo constituye por sí sola en ese estado legal, por otro, habiendo fiador de saneamiento en el juicio ejecutivo y además bienes embargados, no está acreditada plenamente la imposibilidad de Ocampo para hacer efectiva la obligación que demanda de Gaviria Echeverri en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá.

De lo anterior resulta lo siguiente, a juicio de la Corte: No hubo por el Tribunal interpretación errónea de los artículos 1546 y 1930 del C. Civil porque la sentencia no se sostiene en el principio de que ejercitada la acción de cumplimiento del contrato sea imposible cuando ésta fracasa ejercitar la resolutoria. No hubo violación, por omisión, del artículo 1524 de la obra citada, porque el Tribunal no negó la existencia de la causa en el contrato celebrado entre Ocampo y Gaviria Echeverri sino que dedujo una excepción por cuanto consideró que está vigente la acción de cumplimiento del pacto, consideración respaldada en los autos y que no entraña error de derecho por mala apreciación de la prueba. No hubo finalmente violación del artículo 1769 del C. Civil porque la situación de quiebra se establece por medios legales adecuados, pero no por la sola confesión del deudor.

Se rechaza pues el cargo.

Respecto del segundo, se considera lo siguiente: En el presente juicio se han ejercitado dos acciones: la resolutoria del contrato de compraventa mencionado, que va dirigido contra el comprador Gaviria Echeverri, y la restitutoria de la mitad del predio a que se refiere dicho contrato que se dirigió contra The American Educational Endument Fund, poseedora de ese fundo y representada por Luis Sáenz Ureta.

La condición resolutoria, por el no pago, consta en el título y por lo tanto, afecta a terceros, de acuerdo con el artículo 1933 del C. Civil en concordancia con el 1548 de la misma obra. Quiere ello decir que si la acción resolutoria prospera, el poseedor y dueño hoy del predio vendido por Ocampo a Gaviria Echeverri queda obligado a la restitución. Y no está por demás advertir, que la condición resolutoria expresa sigue la misma regla que la tácita en el ejercicio de las dos acciones consagradas por el artículo 1546 del C. Civil, o sea que ejercitada la acción de cumplimiento del contrato y no prosperando ésta o terminado el juicio por un medio legal, puede ejercitarse la resolutoria.

El Tribunal, en el fondo, no confundió las dos acciones iniciadas sino que respecto de la restitutoria halló que no estaba comprobada la existencia legal de la entidad demandada o sea de la American Endument Fund, y por eso dedujo la excepción correspondiente. Este extremo no ha sido combatido en casación, sino que antes bien el mismo recurrente consiente en él como se desprende del siguiente aparte de su demanda: "De modo que en el doctor Ocampo, para su acción contra terceros, concurría la primera condición de que habla la doctrina de la Corte que dejo transcrita; pero le faltaba la segunda cuando inició su acción reivindicatoria, o sea la sentencia que ha de devolverle el dominio en virtud de la acción resolutoria. Por lo tanto el Tribunal habría acatado la ley si hubiera declarado la resolución del contrato con indemnización de perjuicios y reconocido la excepción de petición antes de tiempo, en lo referente a la revindicación, que no siendo de fondo, no desconoce la obligación del demandado".

Cree la Corte oportuno observar que pueden entablarse en un mismo juicio, en una misma demanda, la acción resolutoria y su consecuencial la restitutoria, sin que sea necesario para ésta que previamente en juicio distinto se haya decretado la resolución.

El Tribunal estudió la acción resolutoria, independiente de la restitutoria y encontró que aquélla no podía prosperar por cuanto existía la acción de cumplimiento del contrato cuando se entabló esta demanda. Las razones que tuvo el fallador para llegar a esta conclusión quedaron analizadas al estudiar el cargo anterior y de ese análisis concluyó la Corte que son legales.

Vista así la cuestión como se desprende de la sentencia acusada, la Corte concluye que no hubo violación del artículo 950 del C. Civil por cuanto el Tribunal no tuvo oportunidad de entrar en el fondo de la acción reivindicatoria, primero

porque no prosperando la resolutoria, la restitutoria que era su consecuencia, no podía prosperar; y segundo, porque la excepción consistente en no estar comprobada la personería sustantiva de la sociedad demandada, detuvo al Tribunal en el estudio mismo de la acción como acaba de decidirse. No hubo violación de los artículos 1546, 1548, 1930 y 1933 de la obra citada por cuanto el Tribunal no negó la acción resolutoria impetrada, sino que no la declaró por haber hallado que simultáneamente se ha ejercitado con la de cumplimiento.

Lo que resulta en el fondo es lo siguiente: Las excepciones se caracterizan y configuran más por los hechos en que se fundan que por el nombre que se les dé. El Juez a quo declaró probada la excepción perentoria de inexistencia de la acción deducida en este juicio y el Tribunal confirmó la sentencia apelada "teniendo en cuenta motivos distintos en gran parte de los que tuvo en cuenta el Juzgado de primera instancia". Entre esas razones, las fundamentales son en síntesis: Que las acciones resolutorias y de cumplimiento del contrato no pueden ejercitarse conjuntamente, y que estando demostrado que existe otro juicio entre las mismas partes para hacer efectiva la obligación del comprador resulta demostrada una de las excepciones propuestas desde el principio de este juicio.

Ahora bien: esto es exacto, pero también lo es que esa excepción no tiene el carácter de perentoria ni entraña la inexistencia de la acción deducida en este juicio, sino que constituye una defensa que puede calificarse de petición antes de tiempo o sea que, terminado por cualquier medio legal el juicio sobre cumplimiento del contrato, puede establecerse entonces la de resolución. El Tribunal no dedujo esa conclusión y por ese aspecto sí violó los artículos 342 y 343 ya citados, lo cual lleva a la casación del fallo, por las razones y en el sentido que acaba de expresarse y que constituye la parte motiva a este respecto, de la sentencia de la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley casa la sentencia recurrida, revoca la de primera instancia dictada por el Juez séptimo del Circuito de Bogotá el veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y siete y falla así este pleito:

Declárase probada la excepción de petición antes de tiempo y por lo tanto se niegan todas las súplicas de la demanda y se absuelve a los demandados de los cargos deducidos contra ellos.

Sin costas en el juicio ni en el recurso.

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PETROLEOS — PROPIEDAD PARTICULAR DE PETROLEO EN COLOMBIA

1. La propiedad particular del petróleo en Colombia se rige hoy por el precepto consignado en el artículo 10 de la ley 160 de 1936. Ya no es el título originario del Estado lo que se necesita presentar para comprobar la propiedad del subsuelo; basta acompañar un título emanado del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o la prueba de que ese título existió. Este título puede referirse a cualquiera de los medios que reconoce la ley civil para adquirir el dominio. — 2. En la ley de 11 de octubre de 1821 se reconoció una situación de hecho: la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced o composición o por compras sucesivas u otros títulos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese hecho, como una base jurídica o como un punto de partida necesario para aclarar en una forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre primero de mil novecientos treinta y nueve.

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

El señor Hendry Stuart Machenzie Burns, Gerente de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad y constituída por escritura pública número 2762 de 6 de noviembre de 1936 de la Notaría 4ª de Bogotá, avisó al Ministerio de la Economía Nacional el 29 de septiembre de 1938, que de acuerdo con la cláusula 4ª del contrato celebrado entre el señor Evaristo Hernández y su esposa Mercedes Hincapié y la Compañía Shell de Colombia que consta en las escrituras públicas números 497 de 6 de septiembre de 1937 y 1935 de 9 de marzo de 1938 de la Notaría de Honda, desea esa Compañía efectuar trabajos de exploración con taladro, en busca de petróleo de propiedad particular, en la finca denominada "Padilla", alinderada así:

"Desde la cabecera del charco de los Coles, línea recta al barranco de la quebrada de Padilla, por la línea más corta que media entre el primer punto y dicho barranco; quebrada de "Padilla" arriba hasta tocar con el estribo del cerro denominado "Penagos" que queda a la derecha de la quebrada, siguiendo su curso para arriba por toda la cuchilla o cima del cerro hasta dar con el lindero de La Ceiba por donde una cerca de piedra divide este terreno del de Padilla; siguiendo por la cerca de piedra hacia el sur, hasta donde el camino que va de Honda a Mariquita atraviesa la quebrada de Padilla; continuando en la misma dirección el lindero hacia el Sur, hasta dar con la cima del cerro del Caimital; por toda la cuchilla de dicho cerro, hasta el paso o boquerón del Caimital, y descendiendo a la zanja de Calunga; zanja abajo hasta el charco de Los Coles, y éste arriba hasta la cabecera del charco dicho primer lindero".

Los títulos presentados

Para comprobar la propiedad del terreno mencionado, se presentaron los títulos respectivos que constituyen una cadena completa desde el año de 1800 en que el señor Ignacio Antonio Ortiz vendió al señor Juan Blas de Aranzazu las tierras de "La Picota". Los títulos presentados con el memorial de aviso, son los siguientes:

1. Copia de la escritura 497 de 6 de septiembre de 1937, de la Notaría de Honda, que contiene el contrato celebrado entre Evaristo Hernández y la Compañía de Petróleo Shell de Colombia. Con registro.

2. Copia de la escritura número 135 de 9 de marzo de 1938, de la Notaría de Honda, que contiene la ratificación que la señora Mercedes Hincapié de Hernández hace del contrato contenido en la escritura anterior. Con registro, y

2ª Copia de la escritura número 1599 de 11 de junio de 1938, de la Notaría 4ª de Bogotá, que contiene la aceptación de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia a la ratificación anterior. Con registro.

3. Copia de la escritura número 947 de 26 de octubre de 1927, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que José Proceso López hace a Evaristo Hernández de la finca denominada "Padilla". Con registro.

4. Copia de la escritura número 552 de 1º de julio de 1927, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que José Peñaloza Corpas y Jorge Vargas Lara, hacen a José Proceso López de la finca de "Padilla". Con registro.

5. Copia de la escritura número 239 de 30 de marzo de 1927, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que José Proceso López hace a José Peñaloza y Jorge Vargas Lara de la finca de "Padilla". Con registro.

6. Copia de la escritura número 725 de 29 de julio de 1926, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que Claudio Conde hace a José Proceso López de la hacienda de "Padilla. Con registro.

7. Copia de la escritura número 227 de 21 de junio de 1917, de la Notaría 2ª de Honda, que contiene la venta que Pilar Santamaría de Conde hace a Claudio Conde de un terreno denominado "Padilla". Con registro.

8. Copia de la escritura número 626 de 26 de noviembre de 1898, de la Notaría de Honda, que contiene la protocolización de la causa mortuoria de Martín Conde y la hijuela de Pilar Santamaría de Conde a quien se le adjudica el terreno de "Padilla". Con registro.

9. Copia de la escritura número 356 de 4 de julio de 1892, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que Juan Antonio Cañizales y Benedicto Cañizales por sí y como apoderado de sus hijos David E. y Ana Joaquina, hacen a Martín Conde de un globo de tierra denominado "Padilla", del cual eran dueños así: la mitad de Benedicto, y la otra mitad por partes iguales pertenecía a los otros otorgantes. Con registro.

10. Copia de la escritura número 30 de 12 de febrero de 1889, de la Notaría de Honda, que contiene la protocolización del juicio de sucesión de Nicolasa Maldonado de Cañizales e hijuelas de su esposo Benedicto y de sus hijos, a quienes se les adjudica la finca "Padilla".

11. Copia de la escritura número 197 de 16 de diciembre de 1878, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que Roberto J. Treffry y su esposa Juana Manuela Monroy, hacen a Benedicto Cañizales de un globo de tierra que se denomina "Padilla", adjudicado a su esposa en la partición de bienes de sus finados padres, "cuyo globo de tierra formó parte de otro mayor nombrado "La Picota". Con registro.

12. Copia de la escritura número 100 de 1864, de la Notaría de Honda, que contiene la protocolización de la sucesión de Antonio María Monroy y Josefa Jiménez, con las hijuelas de Roberto J. Treffry y de su mujer Juana Manuela Monroy, a los cuales se les adjudican derechos en los terrenos de "La Picota" y "Padilla". Con registros.

13. Escritura número 16 de 15 de mar-

zo de 1861, que contiene la protocolización de la sentencia de la Corte Suprema, sobre propiedad y posesión de las tierras de "Padilla" y "Picota". Con registro.

14. Copia de la escritura sin número, de 1º de junio de 1847, de la Escribanía del Cantón de Honda, que contiene la venta que la viuda de Julián Tribilco, Florencia González, hace a Antonio María Monroy, de las tierras denominadas "La Picota" y "Padilla". Con registro.

15. Escritura sin número de 23 de enero de 1849, que contiene los inventarios de la sucesión de Julián Tribilco, y la adjudicación hecha a Florencia González de las tierras de "Padilla" y "Picota". Con registro.

16. Copia de la escritura sin número, de 13 de junio de 1835, de la escritura pública de Honda, que contiene la venta que Francisco Eufrasio Lucena hace a Julián Tribilco, de un globo de tierra denominado "La Picota y Padilla". Con registro.

17. Copia de la escritura sin número, de 22 de marzo de 1828, de la Escribanía de Honda, que contiene la venta que Eustaquio Diago hace a Francisco Eufrasio Lucena, de unas tierras llamadas "La Picota". Con registro.

18. Copia de la escritura sin número, de 15 de julio de 1824, de la Escribanía pública de Honda, que contiene el reconocimiento que de un principal, hace el señor Eustaquio Diago a nombre de su esposa Juana de Aranzazu, a favor de las benditas ánimas del purgatorio, sobre unas tierras nombradas "La Picota", "cuya propiedad tiene su consorte por herencia de su padre el señor Juan Blas de Aranzazu". Con registro.

19. Copia de la escritura sin número, de 18 de julio de 1800, de la Escribanía pública de San Sebastián de Mariquita, que contiene la venta que don Ignacio Antonio Ortiz, hace al señor Juan Blas de Aranzazu, de las tierras de "La Picota".

Las escrituras de venta de los lotes excluídos del contrato celebrado con Evaristo Hernández y la Compañía de Petróleo Shell de Colombia son las siguientes:

20. Copia de la escritura número 148, de 4 de marzo de 1937, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que Evaristo Hernández hace al Municipio de Honda, de un lote de tierra que hace parte de la finca denominada "Padilla". Con registro.

21. Copia de la escritura número 845, de 17 de diciembre de 1935, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que Evaristo Hernández hace a Narciso Vela R. de un lote de terreno que hace parte del globo mayor denominado "Padilla". Con registro.

22. Copia de la escritura número 358, de 24 de mayo de 1935, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que Evaristo Hernández hace a Fidel Torres de un globo de tierra que hace parte del de "Padilla". Con registro.

23. Copia de la escritura número 597 de 3 de junio de 1929, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que Evaristo Hernández hace a Gregorio Fajardo, de un lote que hace parte del globo general denominado "Padilla". Con registro.

24. Copia de la escritura número 506, de 2 de junio de 1926, de la Notaría de Honda, que contiene la venta de Claudio Conde a Aristides Casasbuenas, de un lote parte de "Padilla".

La Resolución del Ministerio

Con fecha 6 de octubre de 1938, el Ministerio exigió a la Compañía interesada presentar un nuevo plano del terreno y solicitó a la Notaría de Honda copia de toda la partición con la correspondiente sentencia aprobatoria, que tuvo lugar en el juicio de sucesión de Antonio Monroy y Josefa Jiménez, de acuerdo con la escritura 100 de fecha 22 de junio de 1864, por la cual se protocolizó aquel juicio. Tanto el plano como la copia mencionada fueron agregados a los autos.

El señor Procurador General de la Nación, a quien se remitió el expediente, rindió su concepto adverso a la solicitud el 22 de noviembre de 1938. Para oponerse al permiso de exploración, aquel alto funcionario dijo lo siguiente:

"Para que prospere, pues, el aviso que conforme al artículo 6º de la Ley 160 de 1938 debe dar al Ministerio respectivo "toda persona natural o jurídica que pretenda efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo que repute como de propiedad privada, o explotar dicho petróleo, es indispensable—para acreditar esa propiedad — que se presente el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia". Y es lo cierto que entre las escrituras presentadas por el interesado y cuya relación consigna él mismo en los folios 77 a 78 y vuelta del expediente que se tiene a la vista, y no hay ninguna que tenga el carácter de título por medio del cual el Estado se haya separado del dominio del globo de terreno que se pretende de propiedad particular para los efectos de la exploración y explotación del petróleo que en dicho terreno pueda existir. Ni tampoco se han presentado "documentos públicos de origen oficial, emanados de autoridad competente", qué acrediten la existencia de aquel título".

De la misma opinión del Procurador fue la Junta Asesora de Petróleos, la cual se opuso al aviso en providencia de fecha 27 de diciembre de 1938.

El Ministerio, en resolución fechada el día siguiente, resolvió enviar el aviso a la Corte para que esta entidad decida si es o no fundada la pretensión de la Compañía avisante, de conformidad con el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 160 de 1936. La reposición de esta providencia fue negada el 18 de febrero de este año.

El Ministerio en la resolución referida, dice lo siguiente:

"En realidad, las pruebas aducidas con el fin de comprobar la propiedad privada del petróleo que pueda haber en el lote de terreno del aviso consisten en títulos traslaticios de dominio entre particulares, en que el más antiguo se remonta al año de 1800. Se observa, sin embargo, que este título no expresa la determinación del inmueble materia de la venta allí consignada, o por lo menos ello no aparece en la parte no destruída del mismo, pues apenas si se indica en la boleta que se transcribe referente al pago de los derechos de alcabala que las tierras materia de la venta se denominaban "La Picota". Y aunque en las escrituras de mil ochocientos veintiocho (1828) y de mil ochocientos treinta y cinco (1835) (en esta última aparecen ya los linderos de "La Picota" y "Padilla") se hace referencia a la escritura más antigua de mil ochocientos (1800), si bien no especificándola concretamente, es lo cierto que el Ministerio no podría, dentro de sus limitadas facultades en cuanto a la estimación de los títulos de que trata el ordinal a) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, considerar aquellos linderos ulteriores como demostrativos de los originarios, ya que ello no había sido obra de las partes contratantes en mil ochocientos (1800). De donde se concluye que el título de este año, por la indeterminación de que se ha hablado, no puede siquiera servir de base para precisar ahora si los títulos traslaticios de dominio entre particulares anteriores a la Ley 11 de 1821, con arreglo al alcance del ordinal a) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, pueden tenerse por títulos emanados del Estado".

"De consiguiente, en el presente caso no se ha acreditado suficientemente para el Ministerio, por los medios probatorios pertinentes, que el petróleo del lote denominado "Padilla" — que en un principio se hallaba comprendido en una mayor extensión de terreno llamada "Picota" y "Padilla" — sea de propiedad privada. Mejor dicho, no se ha establecido debidamente con la prueba requerida para ante el Ministerio, que el terreno del aviso saliera legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"Lo dicho es bastante para que se proceda de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, si bien por lo demás se han llenado las otras exigencias legales sobre el particular: puesto que se ha acreditado

en debida forma la existencia de la compañía avisante y la personería de su representante; el legítimo derecho de la misma compañía para realizar las exploraciones con perforación proyectadas, por virtud del contrato celebrado por escritura pública número 497 de la Notaría de Honda, de fecha 6 de septiembre de 1937, contrato ratificado por la compañía concesionaria mediante escritura número 1599 de 11 de junio de 1938, de la Notaría cuarta de Bogotá; el dominio que actualmente tiene sobre el lote del aviso el señor Evaristo Hernández, contradición comprobada de más de treinta años; y por último, la determinación precisa de dicho lote, siendo de advertir que a este respecto satisfacen los planos presentados, como también que se ha cumplido con indicar la fecha del comienzo de las exploraciones".

En la Corte se tramitó el negocio siguiendo las reglas establecidas en la ley para esta clase de juicios. Durante el término de prueba señalado, se practicaron las diligencias solicitadas por el apoderado de la compañía doctor Rubén Jaramillo Arango. Hoy se procede a decidir lo que sea pertinente, por estar agotada la ritualidad procedimental pertinente.

La suficiencia de los títulos de propiedad

Según la resolución del Ministerio, la única observación hecha a los documentos presentados con el aviso es la de que no se ha acreditado que los terrenos salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, pues no existe prueba en autos que tenga el carácter de título emanado del Estado. A esta cuestión debe referirse el presente fallo, ya que el Ministerio encontró satisfactoriamente comprobadas las demás exigencias legales para que pueda prosperar el aviso.

La propiedad particular del petróleo en Colombia, se rige hoy por el precepto consignado en el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, que dice así:

"Es propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos primero y segundo del artículo 6º de la presente Ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

Con referencia a esta disposición y al aviso dado en estas diligencias por la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, dice el señor Procurador Delegado en lo Civil en el escrito que presentó para descorrer el traslado del expediente:

"Y se ha probado que el terreno a que se refiere el aviso salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873? En manera alguna. No puede la Procuraduría aceptar la interpretación extensiva que se ha dado al texto legal arriba transcrito, cuando se dice que por virtud de la Ley 11 de octubre de 1821 vinieron a quedar como legalmente salidos del patrimonio del Estado todos los terrenos que con anterioridad fueron objeto de contratos entre particulares. Ni de la letra ni del espíritu de aquellos textos legales puede deducirse en sana lógica jurídica dicha conclusión. Oportunamente me propongo someter con mayor detenimiento este punto a vuestra ilustrada consideración. Por ahora bástame hacer notar que hasta el momento no se ha traído la prueba de que el terreno materia del aviso salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Pues aun admitiendo que la referida Ley de 11 de octubre de 1821 produjo de una manera general el efecto que quiere atribuírsele, no hay entre la titulación anterior a esa fecha, presentada por la Compañía, ningún

título referente al terreno materia del aviso, tal como está individualmente determinado en el respectivo escrito".

Después del concepto anterior, durante el término de prueba se presentaron nuevos comprobantes y se practicaron diligencias que se analizarán más adelante. Para la Sala existe la prueba completa de que los terrenos a que se refiere el aviso son de propiedad particular con titulaciones anteriores al 28 de octubre de 1873 y que por tanto el petróleo que pueda existir en ellos es de propiedad privada. A continuación se exponen las razones que motivan esta conclusión.

El artículo 7º del proyecto de ley presentado al Congreso sobre modificaciones a la Ley 37 de 1931, decía lo siguiente:

"..... .....

"Lo dispuesto en el artículo anterior sólo tendrá lugar si entre las pruebas que se acompañan al aviso figuran las siguientes:

"a) El título originario, expedido por el Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o, a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su expedición".

Esta disposición fue variada en los debates y el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, que modifica el 28 de la Ley 37 de 1931, quedó en definitiva así en la parte pertinente:

"Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá lugar si entre las pruebas que se acompañen al aviso figuran las siguientes:

"a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia;

"b) Los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de instrumentos públicos correspondiente; títulos y certificado que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria, y

"c) La determinación precisa del terreno de que se trata. El Ministerio, cuando lo estime necesario, podrá disponer que a costa del interesado se verifique sobre el terreno la exactitud de la identificación presentada, caso en el cual se suspenderán los términos a que se refiere el artículo anterior mientras se lleva a cabo tal verificación".

Esta Sala, en sentencia de fecha 28 de septiembre de 1938, dictada en las diligencias de aviso referente a los terrenos llamados "Recotor", "Pajarito" y "Huertavieja", "Zapotoza" y "Chámeza", dijo lo siguiente, que condensa la doctrina sentada en relación con la interpretación del artículo 7º de la Ley 160 de 1936:

"La disposición como se ve, fue variada sustancialmente. Ya no es el título originario del Estado lo que se necesita presentar para acreditar la propiedad del subsuelo; basta acompañar un título emanado del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o la prueba de que ese título existió. Este título puede referirse a cualquiera de los modos que reconoce la ley civil para adquirir el dominio.

"La Comisión del Senado que estudió el proyecto en el año de 1936, dijo lo siguiente, que fija con claridad el alcance del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, en lo relativo a la prueba que se debe presentar para acreditar el dominio privado del petróleo.

"En la práctica la jurisprudencia ha tendido a exigir para la comprobación del dominio privado, el título emanado del Estado, sin aceptar prueba alguna supletoria, que sí puede haberlas, y sí las hay efectivamente, cuando es la verdad que el título originario es muchas veces de imposible consecución, debido a las circunstancias reales que han sufrido los archivos en nuestro país.

"De esta manera se ha venido a comprobar que, contra lo que debiera esperarse, resulta más favorable en el orden administrativo para los pretendientes del dominio privado, señalar en la ley una tarifa de pruebas con determinación de las supletorias que sean admisibles, sin dejar sin definición ese punto sustantivo.

"Propone la comisión que en el inciso a) del proyecto del señor Ministro se cambie la redacción de "título originario expedido por el Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873", por "título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873", porque el calificativo originario queda redundante, y porque la expresión emanado del Estado tiene mayor amplitud, quedando comprendidos en ella los títulos que tienen valor, no sólo por traspaso directo hecho en venta, merced o remate, etc., por los funcionarios que tenían legalmente la representación del Estado al tiempo de la enajenación válida del subsuelo, sino también los que tienen valor por ministerio de determinadas disposiciones legales que reconocieron como legítimas y justas causas de dominio, determinadas situaciones de hecho o de derecho, o en que coexistían los hechos y ciertas formalidades de derecho". (Anales del Senado, número 54, de 25 de septiembre de 1936).

"De manera que no tiene fundamento la exigencia del señor Procurador de que en los avisos referentes a exploración y explotación sea necesario presentar el título originario expedido por el Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y la cadena de títulos que viene a constituir lo que se ha llamado la prueba diabólica, desechada por la jurisprudencia por impracticable e injurídica. Basta que se compruebe que el terreno respectivo salió del dominio del Estado con anterioridad a la fecha citada, por cualquiera de los medios que reconoce la ley". (Gaceta Judicial, número 1940, página 165).

La Ley de 11 de octubre de 1821, estableció lo siguiente:

"Artículo 12. Se creará en la capital de la República una oficina de agrimensura general, y una particular en cada provincia, en que se registren las propiedades rurales de todos los ciudadanos y extranjeros residentes en las expresadas provincias.

"Artículo 13. Dentro de cuatro años contados desde la publicación de la presente ley, todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada provincia, y desde este tiempo ningún juez ni escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, sin que se acompañe un certificado del agrimensor de haberlo así verificado.

"Artículo 14. Si pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras si fueron adquiridas por merced o composición se reincorporan al dominio de la República, y si fueron adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios".

La ley de 11 de octubre de 1821 (número 60 de orden en la Codificación Nacional), fue la primera que se dictó sobre baldíos con el fin de fomentar la agricultura, la enajenación de baldíos a precios cómodos y la conveniente separación del patrimonio nacional del de los particulares. Para este último fin se ordenó levantar planos de las propiedades por los agrimensores de las provincias, "con expresión de las fanegadas, estancias, celemines o cuartillos de tierra de que conste la propiedad territorial", diligencias que jamás se practicaron.

En la ley mencionada se reconoció una situación de hecho: la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced o composición o por compras sucesivas u otros artículos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese hecho, como una base jurídica o como un punto de partida necesario para aclarar en una forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. Así lo hizo la comisión del Senado, según los antecedentes de la última ley del petróleo y también el Congreso Nacional al expedir la Ley 200 de 1936, que establece en su artículo 4º que el carácter de propiedad privada del respecti-

ve globo de terreno podrá acreditarse, en una de estas formas:

"a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

"b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado; y

"c) **Con la exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821**".

Las oficinas de agrimensura no se crearon ,según la investigación hecha por varios expositores, y en ninguna oficina se conservan registros hechos de conformidad con aquella ley, que posiblemente en esta parte se quedó escrita, por causa de las dificultades de orden fiscal que atravesaba la República en la primera época de su organización. Por consiguiente, no es posible hacer recaer hoy, después de más de un siglo de expedida dicha ley, la sanción de reincorporar al dominio de la República las tierras adquiridas por merced o composición cuyos títulos no fueron registrados en las oficinas de agrimensura, y mucho menos sobre las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, respecto de las cuales sólo se disponía que el registro se haría practicar por el Gobierno a expensas de los propietarios.

De los títulos de propiedad presentados con el aviso, se desprende que los terrenos a que éste se refiere han sido conocidos con el nombre de terrenos de "La Picota" y "Padilla". Así se les denomina en la sentencia de la Corte Suprema de la Confederación, de fecha 7 de mayo de 1859, en la cual se resolvió que la posesión y propiedad de la finca de "La Picota" y "Padilla" pertenece a los herederos de Antonio María Monroy, como que fué válida la venta hecha por Florencia González. (Escritura número 16, de 15 de marzo de 1861, de la Notaría del Circuito de Honda).

En otros títulos se dice que el terreno de "Padilla" formó parte de otro mayor nombrado "La Picota". (Escritura número 197 de 16 de diciembre de 1878, de la Notaría del Circuito de Honda, por la cual Roberto J. Treffry y su esposa Juana Monroy vendieron el terreno a Benedicto Cañizales).

En todo caso, los títulos antiguos referentes a "La Picota" comprenden el terreno conocido hoy con el nombre de "Padilla", al cual se refiere el aviso.

Con los títulos presentados con el aviso y las demás pruebas allegadas a los autos durante el término correspondiente de este juicio, se ha acreditado suficientemente que el terreno materia del aviso fue objeto de transacciones entre particulares con anterioridad al 11 de octubre de 1821. La documentación presentada es muy completa y no obstante las deficiencias de algunos títulos en lo relacionado con los linderos —deficiencias muy explicables por tratarse de escrituras otorgadas hace más de un siglo, cuando la propiedad no tenía el valor que hoy tiene— no hay duda alguna sobre el dominio privado del suelo y el subsuelo de los terrenos.

La escritura de julio de 1800, copia de la cual obra en autos expedida por el Notario de Honda, es incompleta, por causa del deterioro del protocolo. Pero de ella se desprende con claridad que Ignacio Antonio Ortiz vendió a Juan Blaz de Aranzazu las tierras de "La Picota". El tres de junio de este año, el Magistrado ponente asociado de los peritos doctores José Manuel Escobar, Manuel José Lobo Guerrero y Ernesto Parra Lleras, y del señor Procurador Delegado en lo Civil, practicó una inspección ocular en el protocolo de la Notaría de Honda, a petición del doctor Rubén Jaramillo Arango, apoderado de la Compañía Shell de Colombia. Se observó que el protocolo del año de 1800 se encuentra en mal estado, comido por la polilla, especialmente en los márgenes de los instrumentos públicos que contiene, y que la letra de éstos está escrita en letra ya bastante pálida y borro-

sa, de tal manera que en algunas partes se hace imposible la lectura. Se examinó la escritura de 18 de julio de 1800, venta de Ignacio Antonio Ortiz a Blaz de Aranzazu y se encontró en el mismo estado, con palabras y aun renglones completamente ilegibles tanto por haber sido destruído el papel por la polilla como por haber desaparecido la tinta con que fueron escritos, debido a la acción del tiempo. Se constató que la copia que figura en autos fue expedida siguiendo fielmente el original. El Magistrado sustanciador hizo constar, a petición del doctor Jaramillo Arango que en cuatro renglones ilegibles que se encontraron en la escritura, posiblemente se nombraba y determinaba la finca que se vendía, teniendo en cuenta las demás palabras de la escritura.

En el presente caso no puede desestimarse la escritura de 1800 por no contener los linderos de la finca, porque según la constancia del doctor Jaramillo, es posible que los linderos estuvieran en los renglones ilegibles de la escritura matriz. Además, la finca está determinada por su nombre en la escritura, y aparece como comprador el señor Juan Blaz de Aranzazu, quien dejó los terrenos por herencia a Juana de Aranzazu. (Escritura de 15 de julio de 1824). Existe, pues, una relación directa entre la escritura de 1800 y las posteriores que se han enumerado en este fallo.

En materia de títulos antiguos, el Consejo de Estado acogió un informe importantísimo del doctor Juan Pablo Restrepo, miembro de aquella entidad en el año de 1875, publicado en el número 3553 del Diario Oficial, de fecha 28 de septiembre de 1876, que se transcribe a continuación por la similitud que tiene con el caso que se estudia:

"Si una posesión tan larga, tan bien comprobada y apoyada en tan numerosos títulos no alcanza a librar al propietario de la declaratoria de ser baldías sus tierras, no veo yo cuál de las fincas cedidas o enajenadas por la corona en la época colonial esté libre de ese peligro. En vano se ha repetido hasta la saciedad que los títulos no expresan linderos y que por ese defecto son nulos. A muchos no puede oponérseles esa tacha, ni ese defecto induce necesariamente nulidad. Verdad es que sin ponerse de acuerdo los contratantes respecto de la cosa vendida, no hay verdadera compraventa, pero para ello no se necesita indispensablemente expresar los linderos con todos sus detalles en la respectiva escritura. Pueden ellos constar en títulos anteriores o en otros documentos y puede determinarse también la cosa vendida, por otros medios. El declarar radicalmente nulos títulos antiguos, es cosa mucho más grave de lo que a primera vista pudiera aparecer. Todos ellos tienen en su favor la presunción de ser legítimos y de haberse extendido correctamente con todas las formalidades y no se puede ni debe desecháseles, sino a virtud de pruebas evidentes e incontestables de su ineficacia".

En la escritura de 22 de marzo de 1828, de venta de Eustaquio Diago a Francisco Lucena, se dice que las tierras llamadas "La Picota" están deslindadas en las escrituras antiguas. Una de esas escrituras antiguas que allí se mencionan, es indudablemente la de 1772 que contiene la venta de las tierras de "La Picota" de Clemente Basco, doña María (de apellido ilegible) y doña Teresa Bosco como hijos y herederos de Ignacia Ibáñez, a Pedro Torrado, escritura que se halla en el mismo estado de deterioro en que se encuentra en el protocolo de Honda la escritura de 18 de julio de 1800, y que fue examinada en la diligencia de inspección ocular de que ya se habló, a petición del señor apoderado de la Shell. Allí se leen varios de los linderos de la finca de La Picota y se citan puntos y linderos arcifinios, como son el Cerro de Chivato, la Zanja de Calunga, el Paso real de Padilla y la quebrada de Padilla, algunos de los cuales son los mismos que figuran como linderos actuales del terreno de "Padilla", y que se recorrieron y reconocieron en la diligencia de inspección ocular de que se hablará más adelante.

También figuran en autos, traídas du-

rante el término correspondiente, otras pruebas que acreditan que el terreno materia del aviso figura como de propiedad particular desde tiempos remotos. Se allegaron al expediente, tomadas de los archivos nacionales, copias de las diligencias de adjudicación a Domingo García de unas estancias de tierra en Sierra Picota, que aquél venía poseyendo; de las diligencias de la justicia ordinaria en la Provincia de Mariquita en el año de 1721; de varios memoriales que hacen referencia al acuerdo del Cabildo de Mariquita celebrado el 17 de marzo de 1637, sobre repartición y avaluación de las estancias de la jurisdicción de San Sebastián de Mariquita entre todos los vecinos y allí aparece lo que pagó Domingo García por sus estancias de Sierra Picota: "Domingo García debe pagar siete pesos y medio, por cincuenta en que se avaluó su estancia de Sierra Picota", dice la diligencia. (Folio 20 del cuaderno de pruebas). También figuran otras diligencias que hacen remontar los títulos de los terrenos de La Picota hasta el año de 1637.

La documentación que se ha presentado para acreditar el dominio privado de los terrenos materia del aviso, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, es completísima, como se ha visto. Si esa titulación no fuera aceptada, como lo pide el Procurador, habría que llegar a la conclusión de que los propietarios de terrenos particulares estarían en imposibilidad de comprobar su derecho al petróleo, por la dificultad que habría para presentar el título de dominio originario del Estado con todos los requisitos exigidos por aquel alto funcionario.

En atención a lo expuesto, se llega a las siguientes conclusiones:

Primera. Para acreditar la propiedad del subsuelo, basta acompañar al aviso de exploración un título emanado del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o la prueba de que ese título existió. Este título puede referirse a cualquiera de los medios que reconoce la ley civil para adquirir el dominio.

Segunda. La ley de 11 de octubre de 1821 reconoció una situación de hecho: la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced o composición o por compras sucesivas u otros títulos. De ese hecho debe partirse para reconocer como procedentes para comprobar el derecho de los propietarios de terrenos particulares al subsuelo, los títulos que contengan transferencias del dominio con anterioridad a la fecha citada.

Tercera. La documentación presentada por la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, en virtud del contrato celebrado con Evaristo Hernández y Mercedes Hincapié de Hernández, es suficiente para comprobar el dominio privado del petróleo de los terrenos de "Padilla", de propiedad de Evaristo Hernández.

La denominación precisa del terreno de "Padilla"

Entre las exigencias de la ley del petróleo para que prospere el aviso, está la de la determinación precisa del terreno. La finca de "Padilla" está perfectamente determinada en el expediente. El Ministerio dice en su resolución que del título de 1800 no surge la determinación del terreno materia del aviso. Pero esa determinación sí se desprende en forma plena de las demás pruebas del expediente, como se verá a continuación.

No importa que los linderos no coincidan exactamente en todos los títulos, porque en ellos se mencionan los principales puntos que permiten determinar el terreno fácilmente, ya que se trata de una extensión muy pequeña. Aún en la escritura de 1772, se mencionan la quebrada de Padilla y la Zanja de Calunga, que son linderos arcifinios del terreno de "Padilla", según el aviso.

El dos de junio de este año se practicó una inspección ocular en el terreno de "Padilla" por el Magistrado ponente asociado de los peritos ya nombrados, a petición del apoderado de la Compañía. El terreno fue identificado por testigos y sus linderos se recorrieron por el personal de la diligencia. Los peritos hicieron

un gráfico de la titulación y rindieron oportunamente su dictamen, que fue puesto en conocimiento de las partes, sin que se objetara por éstas. Los peritos llegaron a las siguientes conclusiones:

"Conclusiones. 1) La finca denominada 'Padilla', situada en jurisdicción del municipio de Honda y cuyos linderos están expresados en el memorial de aviso presentado al Ministerio de la Economía Nacional con fecha 29 de septiembre de 1938, es una porción cierta y determinada de terreno y corresponde exactamente a estos linderos, y a los planos que obran en el expediente. 2) Esta finca está totalmente comprendida dentro de los linderos expresados en la escritura número 227 de 21 de junio de 1917, y también dentro de los linderos generales expresados en las escrituras números 725 de 29 de julio de 1926; 239 de 30 de marzo de 1927; 552 de 1º de julio de 1927 y 947 de 26 de octubre de 1927, sin hacer la exclusión del lote vendido según la escritura número 506 de 2 de junio de 1926. 3) Dentro de la alinderación expresada en las escrituras números 526 de 1898, 356 de 1892, 30 de 1889, 197 de 1878, y 100 de 1864, no queda encerrada la parte de la finca de Padilla comprendida entre el pie y el filo del cerro de Penagos, cuya extensión es aproximadamente de 52 hectáreas. 4) La alinderación expresada en las escrituras de 1847 y de 1835, es deficiente, y no permite determinar el lindero noroeste de la finca Padilla con estas solas escrituras. 5) Dentro de los linderos expresados en el memorial de aviso, sí están incluídos los lotes vendidos por Claudio Conde y Evaristo Hernández según las escrituras números 506 de 1926, 597 de 1929, 353 de 1935, 845 de 1935, y 148 de 1937. 6) La finca de Padilla (propiedad del señor Evaristo Hernández) materia del aviso, es la marcada con un contorno rojo en el plano que acompaña al expediente, y corresponde al globo de terreno encerrado por los linderos expresados en el memorial de aviso, descontando de éste los cinco lotes vendidos de que se habla en el numeral anterior, y la alinderación de su contorno es la siguiente: Del boquerón de Caimital línea recta al poste del K. 40 del Ferrocarril de La Dorada, colindando por el oriente con "Frutales", propiedad de Ruperto Ruiz; del poste del K. 40 por la cerca sur de la zona del Ferrocarril de La Dorada hacia el occidente hasta el paso a nivel de la carretera, llamado "Palo Hueco", lindando con Fidel Torres zona del Ferrocarril de por medio; del paso a nivel hacia el occidente siguiendo la cerca sur de la carretera hasta donde termina el lote de Narciso Vela, en una extensión de ocho y media cuadras; de este punto siguiendo una recta normal a la dirección anterior hasta la cerca sur de la zona del Ferrocarril de La Dorada; estas dos últimas líneas descritas colindan con Narciso Vela, en la primera, carretera de por medio; de aquí en adelante por la cerca sur de la zona del Ferrocarril de La Dorada hasta el poste del K. 42, lindando en este trayecto, zona del Ferrocarril de por medio, con el lote de propiedad del acueducto de Honda; del poste del K. 42 en línea recta a la boca de la primera quebrada que entra a la quebrada de Padilla 60 metros arriba de la actual represa del acueducto, y colindando en esta parte con el lote de propiedad del acueducto de Honda; de este último punto siguiendo por la margen izquierda de la quebrada Padilla, aguas abajo hasta el estribo del cerro de Penagos, que toca a la quebrada Padilla en el sitio de la antigua represa del acueducto, y colinda en esta parte con el lote de propiedad del acueducto de Honda; de este punto siguiendo una cerca de alambre hasta el filo del cerro de Penagos, lindando en este trayecto con la hacienda Rabo de Gallo (parte del Palmar), propiedad de Moisés Aguirre; de este punto por todo el filo del cerro de Penagos hasta tocar con el lindero de la Ceiba, lindando en parte con Moisés Aguirre (El Fraile, parte de El Palmar), y en parte con Lucas Bernal (Dardanelos o El Fraile); desde el punto dicho en el cerro de Penagos por la cerca de piedra, lindero con la Ceiba hasta el cerro de Caimital, pa-

sando por el paso de la quebrada Padilla en la carretera que de Honda va a Mariquita; por todo el filo del cerro de Caimital hasta el boquerón del mismo nombre, punto de partida, lindando en esta parte con la hacienda de Caimital, propiedad de la familia Gutiérrez".

En relación con la diferencia que consiste en que algunas titulaciones dicen que uno de los linderos va por el pie del cerro de Penagos y otras mencionan la cima del cerro como lindero, se recibieron las declaraciones de los testigos Timoteo Pérez y Mamerto Duque, conocedores de la región, quienes manifestaron que ellos habían conocido en toda época la cima o filo del cerro de Penagos como lindero de los terrenos. El testigo Duque declaró además que él fue propietario del terreno llamado "El Fraile", que linda con el de "Padilla", y que siempre reconoció el filo del cerro de Penagos como el lindero de los dos terrenos, y que por este lindero adquirió y vendió su propiedad.

Según consta en la diligencia, el Magistrado sustanciador observó directamente la concordancia de los linderos reconocidos por los testigos como pertenecientes al terreno de Padilla con los que figuran en el plano que obra en el expediente y constató que la finca de Padilla demarcada por los linderos del memorial de aviso está dentro de los linderos de los títulos de propiedad acompañados a la solicitud, lo mismo que dentro de estos linderos generales están comprendidos los lotes vendidos por las escrituras mencionadas en el memorial de pruebas. Constató igualmente el Magistrado sustanciador que el terreno a que se contrae el aviso, excluidos los lotes mencionados en el punto anterior, es el mismo marcado con rojo en el plano presentado por la Compañía Shell de Colombia al Ministerio, de acuerdo con lo exigido por dicha entidad en auto de seis de octubre del año pasado.

De conformidad con lo anterior, el terreno está determinado con precisión y la diligencia de inspección ocular practicada con arreglo a los mandatos legales, constituye plena prueba de esta circunstancia.

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, resuelve:

Es fundada la pretención de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, sociedad anónima cor. domicilio en esta ciudad y constituida por escritura pública número 2726 de 6 de noviembre de 1936 de la Notaría cuarta de Bogotá, respecto de la finca denominada "Padilla", ubicada en jurisdicción del Municipio de Honda, para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en el expresado terreno, el cual según las pruebas acompañadas es de propiedad particular, con títulos anteriores al 28 de octubre de 1873.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Ministerio de la Economía Nacional.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres, Secretario.

EXCEPCIONES

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre once de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Vizcaíno).

Con base en el alcance deducido por la Contraloría General de la República contra el señor Pedro Nel Zamorano, en su condición de Contador-Pagador de la Base Aérea "Ernesto Samper" de Cali en auto de fenecimiento número 3500 de 3 de noviembre de 1937, y, de conformidad con los artículos 582, 983 y 1059 del C. J. y 9º de la ley 68 de 1923, el Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones, en providencia de fecha 5 de abril de 1938, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y contra los señores Pedro Nel Zamorano, en su carácter de deudor principal, y Carlos Uribe Brigard y Alejandro Cortés, como fiadores del primero, por la suma de dos mil setecientos treinta pesos con ochenta y ocho centavos ($ 2,730.88), más los intereses a la rata legal, desde el día en que tal cantidad se hizo exigible, y las costas del juicio.

Legalmente intimada la ejecución al señor Pedro Nel Zamorano, decretado el embargo, secuestro y avalúo de una finca de su propiedad y practicada la consiguiente diligencia de avalúo y depósito de dicha finca, por el Juzgado de Rentas Nacionales de Cali, comisionado para tales efectos, el ejecutado señor Zamorano, presentó ante el juez del conocimiento, un memorial proponiendo las siguientes excepciones:

1º Carencia de acción;

2º Inexistencia de la obligación;

3º Error de cuenta;

4º La innominada (artículo 329 del C. J.)

El Juzgado dispuso no darle curso al anterior memorial mientras estuviera pendiente la notificación del auto de mandamiento de pago a los fiadores Uribe Brigard y Cortés. Cumplido este requisito, admitió las excepciones y envió el expediente a la Corte, Sala de Negocios Generales, en vista de su competencia.

El incidente sufrió en esta Sala la tramitación de rigor, y durante el término de prueba el ejecutado solicitó se tuvieran como tales las siguientes:

PRIMERA — Los documentos, finiquitos, telegramas y demás papeles que acompañó con el libelo de excepciones de 1º de octubre de 1938.

SEGUNDA — La copia auténtica de la providencia número 502 de fecha 13 de marzo de 1939, emanada de la Sección Jurídica y de Fenecimiento de la Contraloría, por la cual se fenece sin alcance la cuenta de Pedro Nel Zamorano, como Contador-Pagador de la Base Aérea "Ernesto Samper" de Cali, que dice así:

PROVIDENCIA Nº 502 — Por la cual se fenece una cuenta sin alcance. — Contador-Pagador de la Base Aérea "Ernesto Samper" de Cali. — Cuenta de febrero (1º al 24) de 1937. — Responsable: Pedro Nel Zamorano S. - Cali. — Bogotá, 13 de marzo de 1939. — Esta cuenta fue fenecida por auto número 3500 de 3 de noviembre de 1937, con un alcance en contra del responsable por la suma de $ 2,292.18 por avances verificados en el mes de la cuenta y una diferencia dejada a su cargo en "Egresos en Suspenso" por $ 2.10. Dicho auto fue notificado en la Auditoría Fiscal del Valle el 6 de diciembre del año expresado, pero no consta que hubiera sido contestado. Posteriormente, en providencia número 176 de 4 de febrero de 1938, se redujo la mencionada cantidad a la de $ 2,730.88 que quedó como

alcance definitivo, en virtud de análisis enviado por el sucesor del responsable en el referido cargo, agregado al juicio de la cuenta de diciembre de 1937, según el cual el saldo pendiente de legalización era únicamente por la suma de $ 2,730.88, ya citado.

Con fecha 4 de marzo de 1938 se ofició al Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales y se le enviaron las copias pertinentes, a objeto de que adelantara contra el responsable la ejecución correspondiente.

En este estado ha vuelto el presente asunto al estudio, a virtud de haberse comprobado que con posterioridad se legalizó el alcance que fue deducido en contra del señor Pedro Nel Zamorano, por este Despacho.

Examinados los libros de la Sección de Contabilidad y Revisión de este Departamento, en los cuales se lleva el movimiento de las cuentas de los responsables por avances, y los juicios de las cuentas relativas a la Base Aérca de que aquí se trata, se comprobó que el responsable señor Zamorano S., al hacer entrega de la Oficina a su sucesor, señor Darío Delgado L., le hizo también entrega de los saldos por avances y otros conceptos, por una suma superior a $ 3,000.00 y que el nuevo responsable, señor Delgado L. y este Departamento, de acuerdo con la relación de autorización número 1187/12264 del año pasado y los comprobantes respectivos, legalizaron en los meses subsiguientes por la suma de $ 2,728.78.

El saldo de $ 2.10 que se había llevado a Egresos en Suspenso también fue cancelado por este Despacho en asiento número 1138 de diciembre de 1937; de tal manera que en la actualidad no aparece en los libros saldo alguno en contra de ninguno de los supradichos responsables por ningún concepto.

Como en la forma anterior ha desaparecido la causa que motivó el alcance a que antes se hizo alusión, es el caso de declarar satisfecho dicho alcance y terminado el presente asunto.

En mérito de las consideraciones anteriores, se revoca el auto de fenecimiento número 3500 de 3 de noviembre de 1937 y la providencia que lo modificó, y en su lugar se fenece la cuenta de la Contaduría Pagadora de la Base Aérea "Ernesto Samper" de Cali, correspondiente a 24 días del mes de febrero de 1937, sin alcance para su responsable, señor Pedro Nel Zamorano S. — Cópiese y comuníquese. — **Gonzalo Restrepo".**

Agotada como está la tramitación del incidente de excepciones propuestas, se procede a dictar el fallo correspondiente, mediante las siguientes consideraciones:

Sirvió de recaudo ejecutivo al señor Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales para librar el mandamiento de pago, el auto de fenecimiento número 3500 de 3 de noviembre de 1937, pronunciado por la Contraloría General de la República, en virtud de sus atribuciones legales. Posteriormente, la referida entidad, en presencia de los documentos, argumentaciones y probanzas aducidas por el responsable, señor Pedro Nel Zamorano, declaró satisfecho el alcance y, en consecuencia, revocó el auto de fenecimiento de que antes se ha hecho mención, y feneció, sin alcance, la cuenta de la Contaduría Pagadora de la Base Aérea "Ernesto Samper" de Cali, bajo la responsabilidad del mencionado señor Zamorano, y que había dado lugar al mandamiento de pago del Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Con fundamento en esa providencia, emanada, como se ha dicho, de la Contraloría General de la República, el señor Procurador Delegado, al descorrer el traslado legal, pide que se declare probada la excepción propuesta por el ejecutado de inexistencia de la obligación.

No se necesita un prolijo estudio para llegar a la conclusión de que al ser revocada, por la entidad autorizada para ello la providencia que sirvió de base al señor Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales para dictar el mandamiento de pago, queda sin título la obligación, esto es, deja de existir. Quedando, pues, como ha quedado, sin causa la primitiva obligación del ejecutado, señor Zamorano, resulta ener-

vada, sin fuerza legal alguna, la acción de la Nación contra él y, por lo tanto, es de rigor la terminación del juicio ejecutivo que se adelanta, porque, como lo anota el señor Procurador Delegado, es el caso de declarar probada la excepción propuesta de inexistencia de la obligación.

Siendo esto así, como en realidad lo es, las demás excepciones propuestas por el ejecutado carecen de objeto y sería inútil argumentar sobre ellas.

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,

Resuelve:

1º Declárase probada la excepción propuesta de inexistencia de la obligación, y, consiguientemente, terminado el procedimiento.

2º Decrétase el desembargo y el levantamiento del secuestro de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Obedézcase y cúmplase.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo — Francisco Vizcaíno. — Eleuterio Serna R. —Francisco Niño Torres, Srio.

ACCION DE PERJUICIOS — EXCEPCIONES — PUENTES SOBRE LOS RIOS NAVEGABLES

1. Conforme a constante jurisprudencia de la Corte, cuando el juzgador encuentra que no está probada la acción materia de la litis, no se hace indispensable entrar en el estudio de las excepciones propuestas. 2. Conforme a la ley de 24 de mayo de 1856 los puentes que se construyan sobre los ríos navegables no deben embarazar la libre navegación de ellos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Vizcaíno).

En escrito de fecha 20 de enero de 1935 el doctor Manuel Jesús Lucio obrando en nombre y representación de J. Castro & Hijo y de Jesús Gaviria A., formuló demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales contra la Nación y el Departamento de Caldas, cuya petitoria está concebida así:

"a) Que con la construcción del puente de nombre "Bernardo Arango" sobre el río Cauca, en el paso de La Virginia, en que tomaron parte por igual la Nación y el Departamento de Caldas, sin tener en cuenta las leyes que amparan la libre navegación de los ríos nacionales ni las prescripciones técnicas relativas a la altura del mencionado puente para asegurar dicha libertad, **se causó perjuicio a mis poderdantes**, señores J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A., individualmente o como miembros de una sociedad de hecho formada en virtud del contrato referido, por cuanto se hizo imposible la explotación comercial del negocio que tenían establecido con anterioridad a la construcción de la obra mencionada, sobre venta de leñas a los buques, únicos consumidores entonces, y transporte de maderas por éstos en el aserradero de "El Triunfo", montado varios kilómetros abajo de La Virginia, en lugar en donde el río es navegable, y a donde no pudieron seguir bajando dichos buques por la poca altura del puente sobre las aguas normales.

"b) Que la Nación y el Departamento solidariamente, o uno de éstos, expresando cuál, deben pagar a los señores J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A., en cualquiera de las condiciones indicadas en el ordinal anterior, **perjuicios causados** con la construcción referida, por hecho o culpa de agentes de dichas entidades, perjuicios que comprenden el daño emergente y el lucro cesante con respecto al negocio expresado. Los perjuicios deben ser pagados no sólo por el tiempo que faltaba para cumplirse el contrato (tres años) de que se ha hecho mención, sino también por el tiempo que era posible explotar el negocio con buenos rendimientos, y que se fija en cinco (5) años más;

"c) Que la Nación y el Departamento solidariamente, o el que de éstos se indique en la sentencia, deben pagar en el término legal, a los señores J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A., en una u otra de las condiciones referidas anteriormente, la suma de veintiún mil cuarenta y cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 21,044.50) m/l. que representa el daño emergente sufrido por mis poderdantes en el caso expresado, o la cantidad que por este concepto se fije dentro del juicio, o en juicio distinto;

"d) Que la Nación y el Departamento solidariamente o el que de éstos se condene en

la sentencia, deben pagar en el término expresado, a los señores J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A., en la condición que sea, según lo dicho sobre el particular, la cantidad de cincuenta y cuatro mil pesos ($ 54,000.000) m/l., por utilidades que dejaron de obtener (lucro cesante), debido a la causa expresada, en su negocio de maderas y leñas, en los tres (3) años que faltaban para cumplirse el contrato de que se ha hablado, o la suma que con respecto a este punto resulte probada en este mismo juicio, o en otro distinto;

"e) Que la Nación y el Departamento solidariamente, o el que de éstos se diga en el fallo, deben pagar en el mencionado término, a los señores J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A., en la condición respectiva, la cantidad de noventa mil pesos ($ 90,000) m/l. por utilidades que dejaron de obtener (lucro cesante), debido a la causa explicada, en su negocio de maderas y leñas, en los cinco años posteriores al contrato, en que podía explotarse el negocio de manera normal y con los mismos rendimientos que durante el tiempo del contrato referido, o la cantidad que con relación a este punto se fije en el presente juicio, o en otro distinto;

"f) Que la Nación y el Departamento solidariamente, o el que de éstos se condene, deben pagar en el término propio, a los señores J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A., en la condición correspondiente, todas las cantidades determinadas en los ordinales c), d) y e), o varias de éstas, o alguna de las mismas, expresando cuál o cuáles y por los conceptos que sean pertinentes de los que se dejan mencionados".

Con fecha 30 del mismo mes el Tribunal admitió la demanda y ordenó correrle traslado al Fiscal como representante de las entidades demandadas. Este funcionario, antes de descorrer el traslado, propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción con base en el artículo 155 del C. J. por cuanto los demandantes estaban domiciliados en Pereira, uno, y en Ibagué el otro. Tramitado el incidente el Tribunal en auto de fecha 5 de marzo de 1935 lo decidió declarando no probada la excepción. Así las cosas el Gobernador de Caldas confirió poder al doctor Arturo Salazar Grillo para representar al Departamento y corrido que le fue el traslado de la demanda a dicho doctor lo descorrió oponiéndose a las pretensiones del actor y proponiendo varias excepciones perentorias. El Fiscal del Tribunal, en representación de la Nación adhirió en un todo a la contestación dada por el doctor Salazar Grillo. El juicio siguió su curso y vencido que fue el término probatorio, recibidos los alegatos y hecha la citación para sentencia, el Tribunal con fecha 20 de abril de 1937 dictó el fallo respectivo. La parte resolutiva de esa sentencia dice así:

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA: Primero. Se declaran no probadas las excepciones propuestas en relación con el Departamento de Caldas; Segundo. Se declara probada la excepción de prescripción extintiva de la acción en relación con la Nación demandada, y como consecuencia se absuelve a ésta de los cargos de la demanda; Tercero. Se declara que con la construcción del puente "Bernardo Arango" sobre el río Cauca, en el paso de La Virginia, ejecutado por el Departamento de Caldas, por la poca altura sobre el nivel de las aguas del río se embarazó la navegación en buques del lugar del puente hacia abajo, con lo cual perjudicó la empresa de aserradero de la sociedad de hecho formada por J. Castro e Hijos y Jesús Gaviria A., que utilizaba los buques como único medio comercial de transporte para los productos de la empresa; Cuarto. Se condena al Departamento de Caldas a pagar a la sociedad de hecho nombrada en el aparte anterior, seis días después de ejecutoriada esta providencia, el daño emergente y el lucro cesante de la empresa de aserradero en tres años, como indemnización de los mencionados perjuicios. El daño emergente se fija en la suma de nueve mil ochocientos pesos ($ 9,800.00). El lucro cesante se fija en la cantidad de ca-

torce mil ochocientos pesos ($ 14,800.00); Quinto. Se absuelve al Departamento de los demás cargos de la demanda; y Sexto. No hay lugar a hacer condenación en costas".

Notificado el fallo ambas partes apelaron y concedido que les fue el recurso se envió el expediente a la Corte. Aquí se le ha dado la tramitación de rigor y como está agotada y no se observa causal de nulidad se procede a decidirlo mediante las siguientes consideraciones:

El demandante apoyó su demanda en los siguientes hechos:

"1º Los señores J. Castro & Hijos han sido dueños de los terrenos de "El Tablazo" y "Guavinero", de gran extensión, ubicados en el Municipio de Pereira, unos pocos kilómetros abajo del puerto de "La Virginia", sobre el río Cauca, y aledaños a éste;

2º Desde el año de 1925, los señores Castros nombrados, establecieron en los terrenos mencionados, a orillas del río, en la porción navegable de éste, un aserradero de caldera y motor a vapor, de gran costo, con todos los accesorios necesarios a una empresa de gran maquinaria y amplio rendimiento, que se denominó "El Triunfo;

3º Esta empresa empezó a funcionar desde el año dicho (1925), y dio lugar a un activo comercio de maderas aserradas, redondas y leñas, que era la especialidad de su producción. El comercio de que se trata se hacía, en parte, entre los dueños de la empresa y los buques mercantes que hacían la navegación del río Cauca hasta dicho aserradero, y que tomaban las leñas para su consumo, y las maderas para transportarlas y ponerlas en puntos apropiados a la distribución y consumo de las mismas;

4º En enero de 1926 los señores Castros y Jesús Gaviria A. celebraron un contrato de administración con participación en las utilidades y en la empresa después de pagada ésta, contrato que tuvo por objeto la explotación en grande escala del negocio de maderas y leñas y el ensanche de la empresa para hacerla producir su máximo rendimiento. El contrato se celebró por el término de cinco (5) años prorrogables, pues la capacidad explotable de los bosques tenía una duración mayor de diez (10) años;

5º La empresa funcionó, pues, desde fines del año de 1925 hasta enero de 1926, por cuenta de los señores Castro & Hijo, sus propietarios; de esta fecha hasta enero de 1928, por cuenta de los mismos y de Jesús Gaviria A., en virtud del contrato referido;

6º De 1926 a 1928 adquirió la empresa considerable desarrollo, pues se le introdujeron mejoras valiosísimas, y dio gran rendimiento, por la venta de maderas de construcción y de ebanistería, y de leñas para los vapores que hacían la navegación del río hasta el aserradero expresado, en donde cogían la carga y se proveían diariamente de leñas sin dificultades de ninguna clase; en esta fecha se ocupaban alrededor de treinta (30) trabajadores semanales en la empresa;

7º En enero de 1928 quedó terminado el puente "Bernardo Arango" sobre el río Cauca, en el puerto de "La Virginia", y con esto se cerró la navegación del río para más abajo del paso expresado, a los vapores que la hacían, y que eran todos, por haber quedado el puente a una altura que no permitía más el paso de dichos buques, ni aún en tiempos de aguas normales hasta el aserradero de "El Triunfo";

8º Por haber construído el puente a una altura inferior a las que prescriben las leyes y reglamentos de navegación y de la que indicó el Ministerio de Obras Públicas, la empresa quedó paralizada, a lo que siguió una completa ruina. Parte de su equipo se perdió. Otra se desvalorizó completamente. Gran cantidad de sus productos (maderas y leñas) se pudrieron en el lugar de producción, por falta de salida oportuna. Y el negocio, ya sin los buques que lo sostenían, por el consumo de las leñas, y por el trasporte de las maderas, quedó terminado, con grandes pérdidas actuales y futuras, reales y posibles, para sus dueños;

9º La Ley 33 de 1917, en su artículo 5º,

delegó en la Junta de Canalización del Alto Cauca, todo lo relativo a la limpia, mejora y canalización del río en toda su extensión navegable, inclusive aquella que pueda adaptarse a la navegación;

10. La 5ª de 1921, en su artículo 2º, de manera incidental, no principal, y sin fijar la extensión navegable del río, dispuso que se atendiese de manera constante y preferente a los trabajos de limpieza, desde La Virginia hasta San Julián;

11. En su artículo tercero, esta misma ley dispuso que la Junta expresada contribuya con la mitad del costo de un puente sobre el Cauca, que será colocado en el punto que señale la Asamblea de Caldas, entre el paso llamado La Virginia o Dagua — que son distintos — y el de Puerto Caldas, siempre que la Asamblea del Departamento contribuya con la otra mitad del costo del referido puente;

12. La Asamblea, por las ordenanzas de 1922 y 13 de 1924, apropió la partida que le correspondía al Departamento en el gasto de la construcción del puente mencionado, y autorizó a la Gobernación para señalar el punto de localización del mismo;

13. La Gobernación fijó primero el paso de Dagua, más abajo de La Virginia, para la erección del puente, pero luégo cambió de determinación, y resolvió que se localizara en el último de los pasos mencionados (La Virginia);

14. La construcción del puente, que se costeó por igual entre la Nación y el Departamento, quedando, según parece, la propiedad de ambas entidades, se puso por el Gobierno Nacional bajo el cuidado y dirección del Gobierno de Caldas (Oficio número 7404, de 15 de noviembre de 1927, M. de O. P., Sec. 6ª, fs. 2);

15. No obstante, el Ministerio advirtió, "para que el tráfico del río no tuviese ninguna dificultad y para evitar posibles reclamos" que era absolutamente necesario que el puente tuviese, entre el centro del arco parabólico del río y el nivel de las más altas aguas, una luz no menor de trece (13) metros, y se consideró indispensable por el mismo Despacho llenar tal especificación. (Telegrama de fecha 11 de noviembre de 1926, del M. de O. P., dirigido al ingeniero del puente Bernardo Arango a La Virginia). Igual advertencia había hecho el Inspector de Navegación del Alto Cauca, a la Gobernación del Departamento, en nota de fecha 5 de octubre de 1925 (fs. 31 v. y 22 v., respectivamente);

16. La Gobernación del Departamento desatendió estas indicaciones que tenían por objeto dejar libre de obstáculos la navegación del río; evitar la ruina de los intereses legítimamente vinculados a dicha navegación, entre los cuales se hallan los de mis poderdantes por el negocio de maderas y leñas indicados, y ahorrarle a la Nación y al propio Departamento los cuantiosos pagos que tendrán que hacer por los perjuicios causados con la ejecución de la obra violando las leyes pertinentes y las especificaciones técnicas requeridas (Oficio de la Gobernación de Caldas, 20 de diciembre de 1926, fs. 30);

17. El río Cauca ha sido navegable en todo tiempo anterior a la construcción del puente de "Bernardo Arango" hasta más abajo de "La Virginia", comprendiendo en dicha extensión el lugar en donde está montado el aserradero de "El Triunfo", como lo certifican el Intendente de la navegación del Alto Cauca, en nota de 5 de octubre de 1925, ya citada; y los expertos de navegación del río, señores L. Murillo, J. M. Gómez B., J. Núñez y A. Robledo O., Capitanes de los buques Ricaurte, Sucre, Palmira y Manizales, respectivamente, en documentos que se acompañan (fs. 25);

18. Con la erección del puente fuera de las especificaciones requeridas en cuanto a altura, además de violar las leyes relativas a la libertad de navegación de los ríos nacionales, se causó la ruina de la empresa de mis poderdantes, conocida con el nombre de aserradero de "El Triunfo", ocasionando a éstos grandes pérdidas y considerables perjuicios, así: "Total de daños y perjuicios, según detalle que figura en el cuaderno número 1, a folios 33 y 34, $ 165,044.50;

19. Mis poderdantes hicieron valer sus derechos oportunamente ante los gobiernos nacional y departamental, a fin de que se les respetara y no se les hiciera víctima de un atropello, y en la misma oportunidad advirtieron los enormes daños y perjuicios que se les causarían con la construcción del puente en las condiciones en que se hizo contra toda previsión y toda ley;

20. Consumado el daño y causado el perjuicio, han solicitado en forma respetuosa, correcta y hasta suplicatoria, la indemnización consiguiente, de la Gobernación del Departamento, sin ser atendidos de manera satisfactoria, por lo cual se ven obligados a acudir al poder judicial en demanda de la justa reparación pecuniaria a que tienen perfecto derecho;

21. Es principio universal en todas las legislaciones del mundo civilizado, que quien, por delito o culpa, infiere daño a otro, es obligado a la indemnización (artículo 234 del C. Cv.); y que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado (artículo 2356, ibídem);

22. Y se halla igualmente establecido por la jurisprudencia constante de nuestros Tribunales que "las entidades de derecho público, a saber: la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecuten sus agentes autorizados, en detrimento de los derechos civiles de terceros".... (Jurisprudencia de C .S. de J., t. III, número 2926). Los principios expuestos bajo los numerales 21 y 22 se invocan como realidades o hechos jurídicos completamente establecidos y aceptados". (Cuaderno número 1, folios 32 a 35).

Como fundamentos jurídicos adujo el demandante los siguientes:

"Los ríos son bienes de uso público, cuyo uso y goce, para objetos lícitos, corresponden a los particulares y están reglamentados, así:

c) De antigua, nuestras leyes consagran la libre navegación de los ríos nacionales, por toda clase de buques mercantes de cualquier porte (artículo 1º, L. de 24 de mayo de 1856);

d) Se entiende por navegación de los expresados ríos, toda operación de tránsito sobre sus aguas, sea atravesándolos o descendiendo o remontando su curso (artículo 1º, L. 59 de 1876);

e) Cuando los ríos navegables cortan los caminos públicos, se puede, para seguridad y facilidad del tráfico, según la ley, construír puentes en los pasos respectivos, pero siempre que tales puentes no embaracen la navegación a lo largo del río (artículo 3º, L. de 24 de mayo de 1856);

f) El Cauca es río navegable en un gran trayecto de su curso, y su navegación no puede tener obstáculos artificiales que sean obra del hombre, de conformidad con las anteriores disposiciones;

g) Toda persona puede abrazar cualquier oficio u ocupación honesta (artículo 44, C. N.);

h) Es permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas (artículo 47, C. N.);

i) Las autoridades de la República están constituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes (artículo 19, C. N.) Los principios anteriores crean un ambiente de libertad y de garantías para el trabajo ciudadano, que le permite ejercitarse en todos los ramos de la industria humana, para hacer propios los frutos de su actividad y de su esfuerzo poniéndolos a cubierto de la acción dañina y perjudicial tanto de los particulares como de los agentes oficiales. La violación de tales principios, en perjuicio de terceros, como ha ocurrido en el caso de que se trata, por una u otra de las personas mencionadas, da lugar a la indemnización consiguiente, cuya efectividad se persigue por el presente juicio. Además de las disposiciones citadas, que de una u otra manera sirven de fundamento jurídico a esta acción, invoco, con el mismo carácter, los artículos 2341, 2343, 2347 y 2356, 1613, 1614 y 1616 del Código Civil, y demás disposiciones pertinentes, como son los ar-

ticulos 677, inc. 1º, y 678, ibídem". (Cuaderno número 1, folios 35 y 36).

El apoderado del Departamento contestó aquellos hechos y fundamentos de derecho así:

"HECHOS: El primero — 1 — no está demostrado y, por consiguiente, lo niego; el 2º es cierto, puesto que ni siquiera se sabe de qué señores Castros se trata, ya en el hecho anterior no se habla sino de una sociedad colectiva y no de personas naturales; el 3º lo niego; el 4º no está demostrado y por eso lo niego. Cierto que con la demanda se presentó un documento en que consta un contrato de Jesús Gaviria A. con una sociedad colectiva que no se llama propiamente los Castros. Además, dicho documento no está estampillado de acuerdo con la ley y por esa circunstancia no puede tenerse como prueba; el 5º no es cierto; el 6º lo niego porque no consta nada en relación con la empresa de que habla el hecho ni de rendimientos que se le atribuyen y porque no es cierto que los vapores del río Cauca pasaran habitualmente del puerto de la Virginia hacia abajo; el 7º lo niego, porque no es cierto que el puente Bernardo Arango haya cerrado nunca la navegación del río Cauca de la Virginia hacia abajo; el 8º no es cierto; el 9º es cierto porque la Ley 33 de 1917 se refiere únicamente a la parte del río cerca de la Virginia hacia arriba; el 10º no es cierto. El legislador no hace nada en forma incidental. Las leyes son la expresión de la voluntad soberana y se emplean con pleno conocimiento de causa; el 11, es cierto; el 12, no es cierto, porque la ordenanza 33 de 1922 autorizó la construcción del puente, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, pero no apropió la partida, porque esto se hace en la ordenanza de presupuesto. Es cierto que la dicha ordenanza autorizó a la Gobernación para escoger el lugar del puente, pero dentro del trayecto comprendido entre Puerto Caldas y la Virginia, sin que la Gobernación pudiera salirse de esos límites. La ordenanza 13 de 1924 modificó la 33 de 1922 en el sentido de señalar el puerto de la Virginia para la colocación del puente, quitando así implícitamente a la Gobernación la autorización que le había dado para elegir el lugar; el 13, no es cierto. Al contestar el hecho anterior hemos visto que la Gobernación carecía de facultad para señalar el lugar del puente, porque la ordenanza 13 de 1924 fijó ella misma ese lugar en el puerto de la Virginia, de modo que el puente no podía colocarse en parte distinta de la Virginia; el 14, no consta y lo niego; el 15, lo niego. No se sabe siquiera de qué Ministerio se trata; el 16, no es cierto. La Gobernación hizo construír el puente en un todo de acuerdo con el concepto de ingenieros competentes, de acuerdo con las necesidades del tráfico por la vía terrestre y por la fluvial y sin violar las leyes de la República ni menos desconocer derechos adquiridos por terceras personas; el 17, no es cierto; el 18, no es cierto; el 19, no es cierto. El Departamento de Caldas no ha atropellado derechos de los demandantes; el 20, la Gobernación del departamento no ha pagado perjuicios a los demandantes, porque no se los ha causado y porque nada les debe; el 21, es un concepto del autor de la demanda que no hay por qué afirmar ni negar; el 22, no tiene nada que ver con la demanda y como no consta que tal sea la jurisprudencia de los Tribunales colombianos niego lo que se dice en este numeral.

Causa o razón de la demanda. Niego el derecho, causa o razón invocados en la demanda y me opongo a que se hagan todas y cada una de las declaraciones solicitadas.

Derechos. Desconozco el derecho invocado por los demandantes. El Departamento de Caldas no causó perjuicios a nadie con la construcción del puente Bernardo Arango sobre el Río Cauca en el puerto de la Virginia. Por el contrario, esa obra desarrolló extraordinariamente importantes regiones del Departamento, sin perjudicar en lo más mínimo a la navegación del río, que continuó haciéndose mientras los buques tuvieran carga su-

ficiente. (Cuaderno número 1, folios 44 y 45).

Propuso las siguientes excepciones perentorias: "Carencia de acción; carencia de derecho; petición de un modo indebido; prescripción: ilegitimidad de la personería del demandante, y las que resulten de los hechos que se prueben en el curso del juicio".

El Tribunal después de un análisis pormenorizado y severo de las distintas pruebas producidas por las partes, de las alegaciones de los apoderados y de las disposiciones legales invocadas llegó a las siguientes conclusiones: "Como consecuencia de lo discurrido, el Tribunal encuentra que las excepciones no han sido probadas en relación con el Departamento de Caldas; que está probada la excepción de prescripción en relación con la Nación; que como la responsabilidad entre las dos entidades es solidaria, procede la demanda contra el Departamento de conformidad con la petición primera; que también procede la demanda contra la misma entidad por el pago del daño emergente y lucro cesante en tres años, de lo pedido en el punto segundo; por la suma de nueve mil ochocientos pesos ($ 9,800), solamente en cuanto al punto tercero o sea por daño emergente, y el pago de catorce mil ochocientos pesos como lucro cesante en tres años y debe ser absuelto el Departamento en cuanto a las demás peticiones que contiene la demanda".

En armonía con esas conclusiones falló en la forma y términos arriba transcritos.

Segunda instancia.

En esta segunda instancia se practicaron las pruebas que solicitaron los voceros de las partes y se recibieron sus respectivos alegatos. El distinguido apoderado de los demandantes, doctor Enrique A. Becerra, después de reproducir los principales razonamientos del apoderado en la primera instancia y los consignados por el Tribunal en su sentencia al aducir los que estimó convenientes para reforzar aquellos, dice: "Acerca de la cuantía de los perjuicios, que es precisamente el móvil que autorizó el recurso de apelación contra la sentencia a que me refiero (la Sala subraya), me permito hacer el siguiente comentario. Hizo el análisis del dictamen pericial y concluye así: "De suerte que como conclusión y por tratarse de un dictamen pericial que hace plena prueba por ser uniforme; explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, al tenor del artículo 721 del C. J. la sentencia recurrida debe ser reformada en esta parte señalando como perjuicios causados con el obrar de las entidades dadas las cantidades que tales peritos fijaron".

A su turno el no menos distinguido apoderado del Departamento, doctor Jorge Gartner, después de exponer en su alegato los argumentos para fundamentar las tesis que sustenta, termina así: "Resumiendo, señores Magistrados, este alegato de conclusión que se ha extendido tal vez más de lo que el problema legal sujeto a vuestra decisión lo exige, pero no tanto como lo pide mi deseo de no omitir consideración alguna favorable a la entidad que me ha honrado confiándome su personería, fundo mi solicitud de absolución completa, previa revocatoria de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Manizales el 20 de abril de 1937, en las siguientes razones, cada una de las cuales basta por sí sola para sustentar vuestra resolución final:

Primera.—Inexistencia de la Sociedad J. Castro e Hijo que figura como demandante a tiempo de la demanda, y falta de identidad entre la sociedad de dicho nombre a que se refieren los documentos traídos al juicio y la mencionada en el documento privado que es base de la acción y suscrito por el demandante Jesús Gaviria, ignorándose quién lo haya suscrito a nombre de la sociedad, o a qué sociedad haga alusión. Por tanto, falta de personería sustantiva en el actor.

Segunda.—Se hace consistir esencialmente el derecho violado en la construcción del puente de la Virginia en forma que anuló la navegación en el río Cauca, en un trayecto determinado, por la poca

altura, y a la par que no se comprueba cuáles fueron las dimensiones de los buques, ni se comprueba con declaraciones de los dueños de ellos que la suspensión se hubiera verificado por tal causa, se establecen muchas circunstancias que comprueban el final de la navegación por motivos diferentes, así como el hecho de haber pasado barcos por debajo del puente. En este particular es muy importante llamar vuestra ilustrada atención a las cartas del Sr. Gaviria, acompañadas a la demanda, en las cuales pide en 1928, ya hecho el puente, que le manden buque. Si éste no podía pasar y él lo sabía, por qué lo pide?

Tercera.—Es fundamento de la acción la disposición de una ley de 1856 que limita el derecho de las legislaturas provinciales para construír puentes sobre los ríos navegables, con la condición de que no embaracen la navegación, que es derecho reconocido por la ley a todos los habitantes; pero la obra fue decretada por ley y para el legislador nacional no existe tal limitación, pues del mismo modo que por ley consagra ese derecho puede limitarlo o arrebatarlo valiéndose de otra ley, si así lo exigían las conveniencias generales que a las entidades públicas correspondía apreciar exclusivamente y efectivamente apreciaron en Resolución de la Gobernación tácitamente aceptada por el Ministerio de Obras Públicas al no oponerse a ella, a lo cual tenía perfecto derecho, y expresamente consentida al recibir por medio de ingenieros la obra construída en tales condiciones.

Quiere esto decir que hay carencia completa de acción y derecho, sin que uno ni otra puedan nacer de la circunstancia de haber iniciado uno de los abogados del Departamento una transacción que no llegó a prosperar y que por lo tanto nada significa, y nada prueba, como tampoco significaría ni probaría inclusive una confesión judicial de reconocimiento de la obligación, y

Cuarta.—Como se atribuye a la Nación y al Departamento una culpa consistente en haber infringido el mandato de una ley, si ello fuera así los infractores directos son o fueron los ingenieros, los agentes de las entidades públicas. Tratándose por consecuencia de exigir la responsabilidad por el hecho de otro, en cuyo caso la prescripción de la acción se cumple en tres años".

— II —

Sentado lo anterior la Sala hace las siguientes consideraciones:

Como las cuestiones principales que estudia en su interesante alegato el apoderado del Departamento en esta segunda instancia fueron planteadas ante el Tribunal por el apoderado en la primera instancia, y aquella entidad, en su extenso y bien razonado fallo, consideró y estudió detenida y ampliamente aquellas cuestiones, estima la Sala procedente examinar, en primer término, los fundamentos que tuvo para desatar la controversia en la forma en que aparece.

En ese fallo se observa que el Tribunal, después de hacer el relato del curso del juicio, comienza por examinar si sobre las bases de lo alegado y probado existe la acción que ejercita la parte actora, y después estudia las excepciones propuestas, procedimiento acertado, por razones de método y de lógica, pues conforme a constante jurisprudencia de la Corte, cuando el juzgador encuentra que no está probada la acción, materia de la litis, no se hace indispensable entrar en el estudio de las excepciones.

Hace el Tribunal un detallado y severo análisis de las pruebas de distintas clases que en abundancia obran en autos producidas por ambas partes y llega a la conclusión de que está demostrado "que el río Cauca sí es navegable en gran parte de su curso y lo es no sólo hasta el puerto de La Virginia, donde fue localizado el puente 'Bernardo Arango', sino hasta el lugar de la Empresa del Aserradero; que el puente fue construído por la Nación y el Departamento de Caldas contrariando las leyes; que el puente por la forma en que fue construído impidió la navegación

de los buques hasta el Aserradero e impidiendo el transporte en los buques de las maderas que producían los demandantes".

Para la Sala esas conclusiones del Tribunal son, en sustancia, legítimas y verdaderas, pues emanan, fluyen, por decirlo así, de hechos cuya existencia, en rigor lógico y dentro de una sana crítica jurídica, no puede desconocerse. Es verdad que algunos de los testimonios que analiza el Tribunal, adolecen de deficiencias; pero no en términos de dejarlos sin fuerza probatoria sobre aquellos hechos, fuera de que además de los testimonios figuran pruebas de otra clase.

Que el río Cauca es navegable en gran parte de su curso, es un hecho tan evidente que, hasta poco serio resultaría discutirlo. Que la navegación se extendía hasta más abajo del puerto de La Virginia y antes de haberse construído el puente "Bernardo Arango" los buques que hacían la navegación podían bajar y bajaban normalmente hasta más allá de ese puerto y llegaban al Aserradero "El Triunfo", son hechos que resultan plenamente establecidos por las constancias del proceso, como lo anota el Tribunal. Ello es así, y no sólo lo demuestran las pruebas aducidas por el actor, sino también las presentadas por la parte demandada. Según el informe del Inspector Fluvial del Alto Cauca que obra en el cuaderno de pruebas de los demandados los barcos que hacían la navegación llegaban hasta el Aserradero "El Triunfo", bien que no en todos los viajes, detalle éste que nada le merma al hecho fundamental de que los buques pasaban del puerto de La Virginia y llegaban al Aserradero.

Es verdad que el apoderado del Departamento al contestar los hechos señalados por el apoderado de los demandantes en apoyo de la demanda, contestó el marcado con número 17, en el que se dice que el río Cauca ha sido navegable en todo tiempo anterior a la construcción del puente "Bernardo Arango" hasta más abajo de La Virginia, "comprendiendo en dicha extensión el lugar donde está montado el Aserradero 'El Triunfo'...", diciendo "no es cierto"; pero no es menos verdadero que él mismo se encargó de contribuír a debilitar, y más que debilitar, a destruír, aquella negación, pues no sólo se adujeron pruebas tendientes a demostrar que después de construído el puente la navegación continuó y los buques pasaban sin dificultad por debajo del puente, sino que también parte del alegato de conclusión del abogado a quien le tocó alegar está encaminado a demostrar tal afirmación. Y más aún: el apoderado del Departamento en esta segunda instancia dedica también parte de su alegato al mismo fin.

En lo tocante a la libre navegación de los ríos, y consiguientemente del río Cauca en su parte navegable, hace el Tribunal el análisis de ese punto a la luz de las disposiciones legales pertinentes y llega a la siguiente conclusión: "De modo que los buques navegan en virtud de estos derechos a lo largo del río Cauca en su trayecto navegable".

Como lo anota el Tribunal, conforme a los artículos 677 y 678 del C. C. los ríos son bienes nacionales de uso y goce público, uso y goce que generalmente corresponde a los particulares, con sujeción a las disposiciones de ese código y a las demás que contengan las leyes.

"Los ríos navegables que se extiendan a más de una provincia y aquellos que sirvan para el comercio exterior, pueden ser navegados libremente por toda clase de buques mercantes de cualquier clase, dice el artículo 1º de la Ley de 24 de mayo de 1856. Y según el parágrafo del artículo 1º de la Ley 59 de 1876, "se entenderá como navegación de los mencionados ríos toda operación de tránsito sobre sus aguas, sea atravesándolas o descendiendo o remontando su curso; y como inherentes a la navegación todas aquellas operaciones que son necesarias para asegurarla, como la carga y descarga en las riberas, en cualesquiera muelles, atracaderos o lugares de desembarque o de simple arribo..."

Y si a esto se agrega que según el ar-

tículo 57 de la Ley 84 de 1871 "se reconoce en todo ciudadano colombiano o súbdito extranjero el derecho de establecer libremente buques en los ríos, lagos y ciénagas nacionales...", se ve claro que la conclusión que sienta el Tribunal tiene bases legales.

Y aquí procede analizar el argumento que sobre el particular formula el distinguido abogado del Departamento en esta segunda instancia en su alegato, argumento que puede resumirse así: "la limitación que el legislador señaló a las legislaturas provinciales para construir puentes sobre los ríos navegables con la condición a que no embaracen la navegación, esa limitación no existe, pues del mismo modo que por ley consagra ese derecho puede limitarlo o arrebatarlo valiéndose de otra ley si así lo exigen las conveniencias generales que a las entidades públicas corresponde apreciar exclusivamente".

No puede la Sala acoger este argumento del señor apoderado en los términos generales y absolutos en que está concebido.

Es cierto que el Congreso tiene entre sus atribuciones constitucionales la de reformar o derogar las leyes; pero siempre respetando los preceptos consagrados en la Constitución. Lo que significa que la facultad del legislador, como tal, no es tan absoluta como lo sugiere el distinguido abogado. Tan evidente es esto que conforme a la misma Constitución las leyes violatorias de sus preceptos son inexequibles.

En relación con el punto concreto de que se trata, se observa esto: Dice el artículo 3º de la citada Ley de 24 de mayo de 1856 que "En los puntos en que estos ríos (los navegables que se extienden a más de una provincia), cortan los caminos públicos, su paso es libre para todo género de embarcaciones. Pero si en algunos de estos pasos las legislaturas provinciales juzgaren conveniente, para la facilidad y seguridad del tráfico, construír puentes, mantener embarcaciones, o establecer cualquier aparato para el pase del río, podrán hacerlo siempre que el puente o aparato no embarace la navegación a lo largo del río..."

Es verdad que no se trata de un puente cuya construcción hubiera sido ordenada, propiamente, por una legislatura provincial, pero no es menos cierto que las disposiciones legales vigentes que establecen la libre navegación de los ríos y el "paso libre para todo género de embarcaciones en los puntos en que estos ríos cortan los caminos públicos" no han sido derogadas expresa, ni tácitamente por el legislador. De modo que aun aceptando la tesis del señor apoderado, el argumento resulta improcedente en el presente caso, pues no existe ley en que se hubiera ordenado la construcción del puente en el punto preciso donde se construyó y mucho menos en la forma en que se construyó.

En la ley 5ª de 1921 se ordenó, condicionalmente, la construcción de un puente sobre el río Cauca sin determinar el punto preciso donde debía levantarse, ni las condiciones que debía reunir la construcción. El artículo 3º de esa ley es del tenor siguiente: "Una vez hecho el gasto a que se refiere el artículo anterior (ese artículo destina de los fondos que maneja la Junta lo necesario para el puente). La Junta Nacional de Canalización del Alto Cauca contribuirá con la mitad del costo de un puente sobre el río, el cual será colocado en el punto que señale la Asamblea de Caldas entre el paso llamado La Virginia o Dagua y el de Puerto Caldas, siempre que dicho Departamento contribuya con la otra mitad de ese costo.

En armonía con esa disposición la Asamblea de dicho Departamento expidió las Ordenanzas 32 de 1922 y 13 de 1924 conforme a las cuales el Departamento aceptó contribuír con la mitad del costo del puente sobre el río Cauca en un punto entre Puerto Caldas y La Virginia y se autorizó al Gobernador para señalar el lugar donde debía ser colocado el puente, etc., etc.

Así las cosas, la Gobernación procedió a construír el puente en el punto donde

está, pues como el costo le correspondía al Departamento y a la Nación, por mitad, ésta convino en que el Gobierno Departamental se encargara de llevar a cabo la construcción. En oficio de 15 de noviembre de 1927 dirigido por el Ministerio de Obras Públicas, a los señores Jesús Gaviria A. y otros les dice: "Informo a ustedes que la obra del puente denominado "Bernardo Arango" está bajo el cuidado del gobierno departametnal de Caldas. Por tal motivo se ha dirigido a dicha gobernación una copia del memorial de ustedes fechado el 4 de septiembre último, en que hacen presente los perjuicios que sufrirán las Empresas de Navegación del Alto Cauca, si no se levanta el nivel del tablero de dicho puente. Al propio tiempo el Ministerio encarece a la precitada gobernación la necesidad de hacer un estudio inmediato del asunto para evitar perjuicios al público y a la Nación...."

En telegrama del Ministerio de Obras Públicas para la Gobernación de Caldas, de fecha 11 de octubre de 1926, dice lo siguiente: "..... acerca de condiciones debe llenar puente "Bernardo Arango" para que tráfico río no tenga ninguna dificultad, me permito hacerle saber que es absolutamente necesario que dicho puente tenga entre el centro del arco parabólico del piso del nivel de las más altas aguas del río una luz no menor de trece metros. Despacho conceptúa indispensable llenar tal especificación para evitar posibles reclamos de Compañías navegadoras....." (La Sala subraya) F. Cuad. 1º

Ya con fecha 5 de octubre de 1925 el Intendente de Navegación del Alto Cauca se había dirigido al Gobernador de Caldas, en que le dice entre otras cosas las siguientes: ".... Han informado a esta Intendencia que el puente que actualmente está construyéndose en La Virginia va a quedar muy bajo, de manera que no podrán pasar los buques. Si esto es verdad, ruego a usted, muy respetuosamente se sirva ordenar que el mencionado puente se construya a una altura que puedan pasar los buques, cualquiera que sea su tamaño y el volumen de las aguas, de conformidad con el artículo 3º de la ley 24 de 1856. Es verdad que el puente queda un poco más abajo del puerto de La Virginia y que hoy los buques llegan sólo a este puerto; pero anteriormente bajaban hasta Puerto Dagua, y quizá más tarde volverán a bajar a este puerto o más abajo. En todo caso, hay que prever el porvenir".

Pues bien: no obstante aquellas concretas instrucciones y advertencias, el Gobernador ordenó al ingeniero jefe llevar a cabo la obra como venía haciéndose, y al efecto, dictó la Resolución 215 de 18 de diciembre de 1926 "por la cual se dispone la obra de concluír una obra" (copia textual). Para tomar tal determinación adujo, entre otros considerandos, los siguientes: "que actualmente se está construyendo el puente "Bernardo Arango" sobre el río Cauca en el puerto de La Virginia y cuyos planos están levantados; que el señor Ministro de Obras Públicas ha exigido que dicho puente se construya con una altura de trece metros con el fin de que los barcos que navegan en el río puedan pasar libremente; que este Despacho tiene conocimiento que la navegación en el río Cauca termina en La Virginia y por consiguiente no hay necesidad de ponerle la altura solicitada por el señor Ministro, lo cual han informado a la Gobernación los señores general Pompilio Gutiérrez, el ingeniero doctor Alfonso Bernal y el Director General de caminos y carreteras, doctor Francisco Luis Arango; que al cumplir la orden del Ministro habría necesidad de destruír la principal parte de la población para localizar el terraplén izquierdo que diera acceso al puente; que al llevarse a cabo la obra en esta forma implicaría, según presupuesto, un gasto de cierto veinte mil pesos ($ 120,000.00) sobre los doscientos cincuenta mil ($ 250,000.00) que desde un principio se le señalaron, etc., etc., Resuelve...."

De todo lo anterior se deduce rectamente, como lo afirma el Tribunal, que el puente se levantó en el punto escogido por la Gobernación; que fue levantado sin darle siquiera la altura menor (trece me-

tros), que, en concepto del Ministerio de Obras Públicas, era "absolutamente necesario que tuviera" y que la obra se continuó y llevó a cabo por orden expresa del Gobernador.

La única razón explicativa de la determinación del Gobernador habría sido la emanante del hecho de que efectivamente, la navegación del río Cauca terminaba en La Virginia; pero, como queda visto, la inexactitud de tal hecho es indiscutible. Lo que en verdad extraña es que el Gobernador hubiera consignado tal hecho como fundamento de su resolución; pues no se comprende, cómo aquel alto funcionario pudiera ignorar cuando la dictó que el río era navegable hasta más abajo del punto donde estaba levantándose el puente y que los buques navegaban también en ese trayecto. Pero en el supuesto de que ignorara eso, lo aconsejable, lo prudente habría sido cerciorarse de ello para proceder con certeza, dadas las comunicaciones que tenía del Ministerio y del Intendente de Navegación del Alto Cauca.

En relación con el otro hecho fundamental de que una vez levantado el puente quedó embarazada la navegación desde el punto donde se levantó para abajo, hace el Tribunal un amplio y severo análisis de los varios testimonios producidos por ambas partes, transcribiendo lo pertinente de ellos y concluye reconociendo que ese hecho también está comprobado, conclusión que la Sala acoge por considerarla fundada.

Y procedo destacar aquí la circunstancia de que entre los testigos que declaran que el puente embarazó la libre navegación del río del punto de donde se localizó para abajo, figuran varios capitanes de los buques que hacían la navegación, quienes, como es obvio, por ese mismo hecho estaban en especiales condiciones para declarar sobre el particular.

Es cierto que algunos de los testigos que presentó la parte demandada declaran que después de construído el puente podían pasar por debajo algunos buques; pero fuera de que hay otros testimonios en sentido contrario, ellos mismos reconocen que el paso no lo hacían sino los buques pequeños y estando el río en determinadas condiciones. Por ejemplo, el testigo Manuel Mesa dice que los buques pequeños, estando el río en estado normal, podían pasar por debajo del puente, pero no asegura que pasaron. El testigo José Jaramillo Montoya declara que conoció todos los buques que hacían el servicio del Alto Cauca y le consta por eso que los pequeños pasaban por debajo del puente cuando necesitaban, sin mayor dificultad bajando la chimenea. El testigo Francisco Villa dice que le consta personalmente que la construcción del puente "Bernardo Arango" sobre el río Cauca causó perjuicios de consideración a la empresa de "J. Castro & Hijo" y Jesús Caviria A., por la razón de que una vez construído el puente, éste no permitió el paso de los buques sino con mucha dificultad, hasta el punto de hacerse imposible el paso de ellos. El testigo Pedro Martínez dice que los buques pasaban por debajo del puente con el agua reducida, en épocas de mucho verano. En el mismo sentido declaran los testigos Heladio Martínez, Antonio Mejía y Josué Cataño.

El doctor Gonzalo Echeverri dice que intervino en la erección del puente "Bernardo Arango" como ingeniero encargado de la obra; que ignora si en la construcción de esa obra se tuvieron en cuenta las necesidades de la navegación del Alto Cauca; que ella se hizo siguiendo un proyecto de estribos que debe reposar en los archivos de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Caldas y basado en un decreto que para ello se dictó por la Gobernación. El testigo Emilio Domínguez dice que trabajó en la construcción del puente "Bernardo Arango" y por eso le consta que para construír dicho puente se tuvieron en cuenta todas las necesidades de la navegación del Alto Cauca; que no vio el paso de buques por debajo del puente porque cuando se retiró el puente no estaba montado (sic).

No se considera necesario seguir haciendo el estudio pormenorizado de todos los testimonios que obran en autos, pues,

como ya se dijo al principio, en la sentencia del Tribunal está hecho ese estudio. Simplemente ha querido la Sala destacar lo declarado por los testigos arriba nombrados para que se vea que aun de acuerdo con esos testimonios el concepto del Tribunal resulta fundado, pues lo que la ley prevee es que los puentes que se construyan a través de los ríos navegables "no embaracen la libre navegación de ellos". De modo que en el caso contemplado, aun aceptando el hecho que anota el señor apoderado en el punto segundo del resumen de sus alegaciones "de haber pasado barcos por debajo del puente", ello no implicaría la aceptación de que el puente, en las condiciones en que se levantó, no embarazó la libre navegación del río en el trayecto navegable del puente para abajo, pues los propios testigos dicen que pasaban los buques pequeños (con mucha dificultad, unos, con poca, otros); pero todos dicen que pasaban en época normal, considerando como tal, la del verano. Y obvio es que esa consideración carece de base. Tan anormal es un verano prolongado, como un invierno excesivo, y en manera alguna puede sostenerse que lo normal es la época de verano.

También aduce el señor apoderado como argumento el hecho de que en las cartas del demandante Gaviria en 1928 pidiera que le mandaran buque. Al efecto dice: "En este particular es muy importante llamar vuestra ilustrada atención (se refiere a la Sala) a las cartas del señor Gaviria, acompañadas a la demanda, en las cuales pide en 1928, ya hecho el puente, que le manden buque. Si éste no podía pasar y él lo sabía, por qué lo pide?"

A este respecto se observa: efectivamente obran en el expediente (cuaderno 1º) varias cartas cruzadas entre el Sr. Jesús Gaviria A., y el Dr. Gonzalo Echeverri M. (ingeniero encargado de la obra del puente). En la carta de fecha 15 de abril de 1928, le dice: "Por la presente me permito molestarlo para que de acuerdo con lo que hablamos y que tanto usted como don Pacho Luis me dijeron que bien pudiera aserrar que ustedes me mandarían buque". Es el caso que por la autorización que ustedes me dieron, he atendido un pedido de consideración y necesito entregar en esta semana en Pereira, por lo tanto espero que me haga el favor de mandarme un buque". El doctor Echeverri contestó el mismo día 15 lo siguiente: "Acuso a usted recibo de su atenta de esta misma fecha, de cuyo contenido he tomado debida nota. Acabo de dirigirme a los señores Llano & Cía., de Cali, pidiéndoles que activen el arreglo de los barcos y que envíen uno a la orden suya. Confío en que eso quedará arreglado en esta semana y que según el convenio celebrado con D. Llano usted podrá continuar aserrando la madera necesaria para dar cumplimiento a los muchos pedidos que tiene".

A esa carta siguió otra de Gaviria en que exige el cumplimiento de la promesa de enviarle el buque para poder cumplir el compromiso que a base de ella había contraído, a la cual contestó el doctor Echeverri, esto: "Como los señores Llano & Cía. no han recortado todavía el primer buque, está la Draga a sus órdenes para que suba la madera que tenga lista; en consecuencia, me hace el favor de mandarme decir qué día le pongo allá la draga para que de esta manera pueda estar dando cumplimiento a los contratos de madera, mientras recortan los buques".

Como se ve, lo que del texto de las cartas transcritas se infiere, no es lo que cree el señor apoderado, sino todo lo contrario. Claramente se advierte que por la construcción del puente los buques dejaron de bajar hasta el aserradero y que si el señor Gaviria pidió al doctor Echeverri que le enviara buque fue por la promesa que, según resulta de su primera carta, se le había hecho de enviar buque para transportar la madera. Y hay más: el hecho mismo de que el doctor Echeverri dijera en su primera contestación que se había dirigido a los señores Llano & Cía. de Cali para que activaran el arreglo de los barcos, y en la segunda conversación dijera que los señores Llano no habían recortado todavía el primer barco, está

demostrado que para que los buques bajaran hasta el aserradero se necesitaba que fueran recortados y que la promesa que le había hecho a Giviria fue sobre la base de que la compañía iba a recortarlos; y demostrando también que el puente embarazó la libre navegación de los barcos que hacían el recorrido del puente para abajo, que es precisamente lo que de acuerdo con la ley debió evitarse.

Siguieron después otras cartas de Gaviria anotando los perjuicios que estaba sufriendo por la no bajada de los buques.

En lo referente a "que ha existido la Empresa de Aserradero denominada 'El Triunfo' y que funcionó produciendo gran cantidad de maderas y leñas, desde fines de 1925 hasta el año de 1928, en que fue terminado el puente Bernardo Arango; y que el transporte de las maderas del aserradero se hacía en los buques que navegaban en el río Cauca", hace también el Tribunal el análisis detenido de las pruebas que sobre el particular obran en el proceso, y reconoce que están comprobados esos hechos. A las consideraciones que consigna el Tribunal puede agregársele la que emana de las cartas a que se ha hecho referencia arriba y de las demás que obran en el expediente, cruzadas entre el señor Gaviria y el doctor Echeverri, en las cuales se habla, como se ha visto, de la imposibilidad que surgió para el transporte de las maderas que producía el Aserradero con motivo de la no bajada de los buques.

— III —

EXCEPCIONES

Ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.

Esta excepción fue considerada por el Tribunal, y éste, después de hacer una relación de los documentos presentados por la parte demandante y de estudiar las alegaciones formuladas por su vocero y por el apoderado de la parte demandada, llegó a la conclusión de que tal excepción no podía prosperar. Entre otros argumentos hace el Tribunal los siguientes: "El fundamento legal de los excepcionantes estriba en lo dispuesto por el artículo 478 del C. de Comercio, que dice: 'Los terceros podrán oponer a terceros la inobservancia de las solemnidades estatuídas; y el que fundare su intención en la existencia de la sociedad, deberá probar que ha sido constituída en conformidad con las prescripciones de este título'. "Este artículo no es aplicable al caso, porque aquí los demandantes son por una parte 'J. Castro & Hijo' y por otra Jesús Gaviria como contratante con aquellos. De modo que es la sociedad la que demanda, y por esto no es un tercero que opone a otro tercero la inobservancia de las formalidades estatuídas". "El artículo 479 del C. de Comercio dice: 'El tercero que contrate con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones'. "Según este artículo el tercero obligado con una sociedad no legalmente constituída, no puede alegar esta razón para no cumplir sus obligaciones". "Si las obligaciones nacen a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, conforme al C. Civil, artículo 1494, como es el caso de la culpa; y si nacida la obligación a favor de una sociedad mal constituída, no puede ésta exigirla, tal cosa sería repugnante a la justicia, pues de esta manera se violaría el principio universal de que todo daño imputable a culpa de una persona, debe ser reparado por ésta". "Es cierto que el artículo 479 transcrito se refiere a contratos, pero no existiendo disposición legal expresamente aplicable al caso extracontractual, por analogía puede aplicarse el artículo 479 al caso no sólo de los contratos sino también al caso de otra clase de obligaciones, no nacidas de contratos. Esto en virtud de lo que preceptúa el ar-artículo 8º de la Ley 153 de 1887".

Sobre estos puntos, el señor apoderado del Departamento, en esta segunda instancia ,razona así: "No es válida la argumentación del Tribunal de Manizales

cuando para admitir la existencia de la sociedad 'J. Castro e Hijo' a tiempo de la demanda, arguye que si 'nacida la obligación a favor de una sociedad mal constituída, no puede ésta exigirla, tal cosa sería repugnante a la justicia, pues de esta manera se violaría el principio universal de que todo daño imputable a culpa de una persona, debe ser reparado por ésta". "El razonamiento anterior resulta especioso y a él podría replicarse que si a pesar de la extinción de las sociedades y de la muerte de sus socios aquéllas pudieran continuar disfrutando de los derechos de éstos, se violaría el de los legítimos herederos por favorecer una persona cuya existencia legal terminó". "El fallador de primera instancia incurrió en una confusión al equiparar una sociedad mal constituída, con una sociedad inexistente; una sociedad a la que faltan una o más solemnidades, con la sociedad que por disposición expresa de la ley terminó su vida. La muerte del señor Enrique Drews, ocurrida antes de febrero de 1934, ocasionó la extinción de la sociedad 'J. Castro e Hijo', sin que la escritura 87 de 6 de febrero de ese año hubiera podido prolongarla a virtud de lo ordenado en el artículo 533 del C. de Comercio. Y menos aún podía tal escritura prorrogar la sociedad, en el supuesto que ella existiera, y no hubiera terminado desde 1922, si se tiene en consideración que al otorgarse —6 de febrero de 1934—hacía cerca de cuatro años había fallecido el socio Julio Castro, sin que este hecho se hubiera constatado antes en escritura pública, ni se hubiera manifestado la intención de continuar la sociedad (artículos 465 y 480 del C. de C.). De manera que al tiempo de presentarse la demanda a nombre de una sociedad colectiva denominada "J. Castro e Hijo", tal sociedad carecía de existencia por una parte, y por la otra no puede tomarse como sucesora de derechos u obligaciones derivados del documento firmado con Jesús Giviria, acompañado a la demanda, cuya validez tampoco es posible reconocer. Si los pretendidos derechos los hacen consistir los demandantes de tal documento, la Corte anotará sin duda alguna que no existe la menor prueba de identidad entre el "J. Castro e Hijo", de este comercio, de que habla ese papel, sin referirse a sociedad alguna y sin que aparezca la persona natural que como representante de la firma lo autoriza, con la sociedad colectiva de comercio a que alude la escritura 1369 de 16 de noviembre de 1922. ¿Quién firmó ese extraño documento? ¿Lo hizo un representante legal de la sociedad "J. Castro e Hijo" a que se refiere la escritura? No hay indicio en el expediente y por lo mismo no puede asignársele valor alguno, aparte de las otras tachas que se le han puesto y que yo reafirmo".

Observa la Sala:

Primeramente se anota que en esta segunda instancia se trajeron a los autos copias de las distintas escrituras relacionadas con la constitución de la sociedad "J. Castro e Hijos" primero y "J. Castro e Hijo" después, de las cuales resulta lo siguiente:

a) En escritura 562 de 7 de mayo de 1904 otorgada en Pereira, los señores Enrique Drews, Julio y Jaime Castro, constituyeron una sociedad colectiva con la razón social "J. Castro & Hijos" por el término de seis años prorogables por seis más. No hay constancia de que se hubiere prorrogado.

b) Por la número 1494 de 20 de octubre de 1919 otorgada en Pereira, los mismos señores reconocieron que la anterior había terminado y constituyeron otra con la misma razón social y por el término de diez años, contados desde el 30 de junio de ese año. Entre otras estipulaciones se consignaron las siguientes: "Cada socio podrá retirar para gastos personales mensualmente veinte pesos. Si falleciere alguno de los socios subsistirá la sociedad con los herederos del difunto hasta la formación del primer balance general. Formado el primer balance y reconocido el haber del difunto la sociedad continuará únicamente con los socios sobrevivientes y los herederos del difunto tendrán derecho a que se les reconozca por la sociedad un in-

terés del 10% sobre el capital del difunto hasta que expire el término de la compañía. En caso de que los socios sobrevivientes quieran continuar la sociedad con los herederos del socio difunto, podrán hacerlo con una simple declaración de acuerdo con el representante de dichos herederos. La nueva sociedad se hace cargo del activo y pasivo de la antigua (la constituída en 1904). Ningún socio podrá tomar valores de la compañía para negocios particulares".

c) Por la número 1369 de 16 de noviembre de 1922 otorgada en Pereira, los Sres. Julio Castro y Enrique Drews dijeron "que por cuanto el socio Jaime Castro en varias ocasiones había sustraído fondos para sus gastos y negocios particulares, superiores en mucho a su aporte y a los veinte pesos que podía retirar y además se había ausentado del país sin saberse su paradero, apoyados en el art. 529 del Código de Comercio excluían a dicho socio y continuaba la sociedad sujetándose en un todo a la escritura 1494 de 1919, cambiando la razón social por la de "J. Castro e Hijo", quedando la administración a cargo del socio Drews.

d) Por la número 959 de 15 de mayo de 1928 otorgada en Pereira, los socios Tulio Castro y Enrique Drews, admitieron como nuevos socios a Carlos, Federico, Edith y Tulia Drews; se estipuló el aporte de éstos, se dijo que la sociedad continuaba con la misma razón social "J. Castro e Hijo" y sujeta a las mismas condiciones estipuladas en la escritura de constitución y se prorrogó el término de duración hasta el 30 de junio de 1939. Los nuevos socios concurrieron al otorgamiento de esta escritura y la aprobaron.

e) Por la número 645 de 28 de mayo de 1930 otorgada en Pereira, el socio Julio Castro, con asistencia de los demás socios, hizo la relación de varios bienes, describiéndolos, y declaró que ellos habían sido aportados por él a la sociedad desde su constitución y habían venido figurando en los libros de la sociedad, la que había venido administrándolos y explotándolos, y al efecto ratificó o perfeccionó la transferencia de aquellos bienes a "J. Castro e Hijo". Los socios aprobaron esa escritura.

f) Por la número 87 de 6 de febrero de 1934, otorgada en Pereira, Carlos, Federico, Edith Drews Castro y Tulia Drews de Roa Martínez como socios de la sociedad "J. Castro e Hijo", hicieron constar que habiendo fallecido el socio Enrique Drews y con el objeto de dar cumplimiento a lo estipulado en las cláusulas 13, 14 y 15 de la escritura primitiva número 1494 de 1919 y que habiendo sido verificado el balance general, después del fallecimiento del socio Enrique Drews y liquidado el haber de dicho socio, aceptaban que la sociedad continuara con los herederos de éste, Tulia Castro viuda de Drews, Oscar, Else y Liesbeth Drews Castro. La primera como cónyuge sobreviviente y los otros como herederos legítimos, quienes aceptaron y aprobaron esa escritura. En ella se hizo constar el aporte con el cual continuaba cada uno de ellos como socios.

g) Por la número 118 de 15 de febrero del mismo año 1934, otorgada en Pereira, Liesbeth Drews Castro ratificó la aceptación que había dado a su ingreso como socio, conforme a lo estipulado en la escritura número 87 (la citada en el punto anterior), por cuanto ya se le había expedido copia de la sentencia por la cual se le había habilitado de edad, copia que se insertó en dicha escritura.

h) Por la número 323 de 15 de marzo de 1934 otorgada en Pereira a los señores Carlos, Federico, Oscar, Edith, Else y Liesbeth Drews Castro y Tulia Drews de Roa Martínez y Tulia Castro viuda de Drews, hicieron constar que el señor Julio Castro, quien había sido socio de la sociedad "J. Castro e Hijo", había fallecido dejando como única heredera a Tulia Castro viuda de Drews y que una vez hecho el balance de dicho socio Julio Castro, los socios sobrevivientes convinieron en que dicha heredera continuara haciendo parte de la sociedad, de acuerdo con la cláusula pertinente de la escritura de constitución 1494 de 1919. La otorgante

Tulia Castro viuda de Drews declaró que efectivamente ella había venido figurando como socio de dicha sociedad y que para que este heredero constara de manera más auténtica hacía tal declaración.

De los hechos que se dejan relacionados se deduce lo siguiente: Conforme a la escritura número 1494 de 20 de octubre de 1919, por medio de la cual se constituyó la sociedad "J. Castro e Hijo", el fallecimiento de algunos de los socios no aparejaba la disolución de la sociedad, pues conforme a la cláusula 13, de esa escritura, la sociedad continuaba con los herederos del difunto hasta la formación del balance general, y conforme a la cláusula 14, una vez formado el primer balance general y reconocido el haber del socio difunto, la sociedad continuaba solamente con los socios sobrevivientes, y con facultad, según la cláusula 15 para admitir que los herederos del socio difunto, si querían, continuaran haciendo parte de la sociedad, bastando para ello "una simple declaración de acuerdo con el representante de dichos herederos".

En 1922 los socios Julio Castro y Enrique Drews por la escritura 1369 de ese año, arriba citada, excluyeron al socio Jaime Castro, fundándose en el artículo 529 del C. de C. y por las razones consignadas en dicha escritura para haber hecho la exclusión. Ese artículo prohibe a los socios de una sociedad colectiva extraer del fondo común mayor cantidad que la asignada para sus gastos particulares y aplicar los fondos comunes a sus negocios propios y faculta a los consocios para excluir de la sociedad al que violare alguna de esas prohibiciones. Como quiera que fue la violación de tales prohibiciones el motivo que determinó la exclusión del nombrado socio Jaime Castro, se ve que ella se hizo en ejercicio de una facultad legal. Que fuera o no verdad que el socio excluído hubiera incurrido en la falta es cosa que no es materia del debate. El hecho cierto es que en la sociedad quedaron solamente como socios Julio Castro y Enrique Drews y continuó con la razón social "J. Castro e Hijo" y sujeta a las demás estipulaciones de la escritura de constitución.

En 1928, cuando aún no estaba vencido el término de duración de la sociedad, los dos socios admitieron como tales a Carlos, Federico, Edith y Tulia Drews, prorrogaron el término por diez años más y declararon que la sociedad continuaba con la misma razón social y sujeta a las estipulaciones contenidas en la escritura de constitución (la de 1919). Y como los nuevos socios admitieron su ingreso y aprobaron la escritura, es claro que la sociedad continuó existiendo.

En febrero de 1934 la sociedad existía pues el término de duración se extendía hasta 1939, y consiguientemente sujeta a las estipulaciones contenidas en la escritura de constitución número 1494 de 1919. Y como según se ha visto, entre esas estipulaciones estaba la de que por la muerte de un socio la sociedad no se disolvía sino que continuaba con los herederos del socio difunto hasta que hecho el balance se le reconociera el haber a dicho socio y de ahí en adelante continuaba existiendo con los socios sobrevivientes, pudiendo éstos admitir que tales herederos continuaran haciendo parte de la sociedad si querían, es claro que por la muerte del socio Enrique Drews no se extinguió la sociedad y de consiguiente, lo que los socios sobrevivientes hicieron en la escritura número 87 de 6 de febrero de 1934, admitiendo que continuaran como socios los herederos de Enrique Drews podían hacerlo de acuerdo con las citadas escrituras.

Por las mismas razones consignadas en el punto anterior resulta claro también que la muerte del socio Julio Castro tampoco originó la disolución de la sociedad y por lo mismo lo que los socios sobrevivientes estipularon en la escritura número 118 de 15 de marzo de 1934, admitiendo que hiciera parte de la sociedad "J. Castro e Hijo" a la sucesora del socio difunto Julio Castro, señora Tulia Castro viuda de Drews, podían hacerlo, con razón tanto mayor cuanto que en esa escritura concurrió como otorgante esta mis-

ma señora, quien, como queda anotado, ya formaba parte de la sociedad como sucesora de su marido Enrique Drews, que ella misma hizo constar que inmediatamente después de hecho el balance y liquidado el haber de su padre Julio Castro, los socios sobrevivientes habían convenido en que ella continuara como socio y que sólo para darle mayor autenticidad a ese hecho hacía tal declaración.

Por las razones anteriores, basadas como están en las citadas escrituras que obran en autos, se ve claro que las afirmaciones del señor apoderado carecen de base. Porque no es exacto que la sociedad "J. Castro & Hijos" hubiese dejado de existir desde 1922; y ni que se hubiera extinguido por la muerte del socio Julio Castro ni por la muerte del socio Enrique Drews. Lo cierto, conforme a esas escrituras, es que la sociedad "J. Castro e Hijos" fue constituída en octubre de 1919 por los señores Julio y Jaime Castro y Enrique Drews, por el término de diez años contados a partir del 30 de junio de ese año; que en noviembre de 1922 los socios Julio Castro y Enrique Drews, de acuerdo con el artículo 529 del C. de C. excluyeron al consocio Jaime Castro, y la sociedad continuó con ellos bajo la razón social "J. Castro e Hijo" sobre las mismas bases estipuladas en la escritura de constitución; que en mayo de 1928 los dos únicos socios le dieron cabida a otros y juntos prorrogaron el término de duración hasta el 30 de junio de 1939 dejando subsistentes las estipulaciones contenidas en la escritura de constitución: que en febrero de 1934 con motivo de la muerte del socio Enrique Drews y de acuerdo con lo estipulado en la vigente escritura de constitución los socios sobrevivientes, previo reconocimiento del haber de dicho socio muerto, admitieron como socios a sus herederos; y, finalmente, que en marzo del mismo año de 1934, todos los socios, previa declaración de que ya se había hecho el balance, y liquidado el haber del socio muerto Julio Castro, admitieron como socio a su heredera Tulia Castro viuda de Drews.

Lo que ha ocurrido, en sentir de la Sala, es que probablemente, el señor apoderado no se detuvo a examinar y relacionar el contenido de las citadas escrituras, pues—de haberlo hecho—se habría cerciorado de que sus afirmaciones pugnaban, como pugnan, con ese contenido. Del propio modo, si el Tribunal hubiera tomado en cuenta las estipulaciones contenidas en las citadas escrituras no habría tenido necesidad de ocurrir a los argumentos que adujo para considerar no probada la excepción, bien que es cierto que él no pudo hacerlo dada la circunstancia de que las copias no fueron llevadas a los autos en la primera instancia, sino simplemente las certificaciones de la Cámara de Comercio.

En cuanto a las afirmaciones que también hace el señor apoderado sobre que "no existe la menor prueba de identidad entre el "J. Castro e Hijo", de este comercio, de que habla ese papel (se refiere al documento firmado por J. Castro e Hijo y Jesús Gaviria) con la sociedad colectiva de comercio a que alude la escritura 1369 de 16 de noviembre de 1922", se observa: la razón social de la sociedad colectiva a que se refiere esa escritura, es J. Castro e Hijo". Y aunque es verdad que no figura el nombre de la persona natural que representó a la sociedad y puso la firma, no es menos cierto que ese documento obra en el juicio presentado por el apoderado de la sociedad demandante "J. Castro e Hijo" y que el poder respectivo fue conferido por el socio Carlos Drews Castro como representante de esa sociedad. Todo esto implica, como es obvio, el reconocimiento de aquella firma como de la sociedad. De modo, pues, que esta afirmación del señor apoderado también es infundada.

Lo que se deja expuesto es suficiente para considerar no probada la excepción que se estudia.

Petición de un modo indebido

Sobre esta excepción se hace también

en el fallo un detenido estudio para demostrar que no resulta establecida. Entre otras cosas dice el Tribunal lo siguiente:

"La fundan los demandados en que si el puente perjudicó la navegación, serán las empresas de navegación las llamadas a quejarse, porque sólo a ellas se les podría sobrevenir un perjuicio directo. Que no puede haber un perjuicio directo a las empresas riberanas que no tienen interés directo en los buques que navegan en el río, los que han podido bajar o no, sin obligación para ello, al aserradero de "El Triunfo", y que el trayecto navegable del Cauca terminaba en La Virginia".

"Se ha visto que la ley consagra el libre derecho de navegación de los ríos que sirven para este fin, en beneficio de los particulares en general. Y se ha visto también que la misma ley ha prohibido que se monten puentes que embaracen la navegación. Si la navegación quedó embarazada y las empresas de buques pudieron ser perjudicadas, no excluye que otras empresas que necesitan de esa libre navegación para la explotación normal de su industria, no fueran también perjudicadas, como ha sucedido en el presente caso, según se demostró".

En sentencia de diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, publicada en los números 1907 y 1908 de la Gaceta (página 303), la Corte hizo un completo estudio sobre el particular, y en uno de los apartes se expresó así: "Tampoco es necesario para que exista la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio causado, que éste sea directo, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa proximidad en el espacio y en el tiempo. En lo que pudiera llamarse cascada de perjuicios que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de éste cada vez más y más, deben ser reparados, por el autor del hecho culpable, todos aquéllos de los cuales se puede afirmar lógicamente que, aunque alejados por la culpa en el espacio y en el tiempo, no se habrían producido sin la culpa".

"Ya se estudió y encontró plenamente establecido el hecho de que el río era navegable antes de la construcción del puente, hasta el lugar del aserradero, pues los buques bajaban normalmente hasta allí, cuando había carga. La Ley 5ª de 1921, cuando dice que sin perjuicio de atender constante y preferentemente los trabajos de limpieza y canalización del Alto Cauca, desde La Virginia hasta el puerto de San Julián, no está determinando que la navegación del río sólo se haga a La Virginia o que hasta allí es navegable y no en otra parte de su curso: la ley sólo quiso que se hiciera la limpieza y canalización preferentemente en el trayecto que indica".

Considera la Sala:

Está debidamente establecido que antes de la erección del puente los buques bajaban al aserradero a aprovisionarse de leña y a cargar las maderas que en ese aserradero se producían, que una vez levantado el puente la navegación quedó embarazada y, consiguientemente, interrumpido el transporte de las maderas. Está igualmente establecido que no fue en virtud de ley que el puente se levantó en la forma en que se hizo, sino que al contrario, el Gobierno por medio del Ministerio de Obras Públicas, de manera expresa, manifestó al Gobernador de Caldas que al puente debía dársele una altura no menor de trece metros, precisamente para que no se embarazara la navegación y que el Gobernador, a pesar de esa terminante manifestación y de la no menos terminante que le hizo el Intendente de la Navegación del Alto Cauca, ordenó llevar a cabo la obra en las condiciones en que se realizó.

De manera que siendo cierto que el puente embarazó el libre paso de los buques y con ese motivo éstos dejaron de bajar normalmente al aserradero a tomar la leña y transportar las maderas, es indudable que se perjudicó a los propietarios de aquellas maderas. Y si el perjuicio se causó, no hay razón para considerar que al pedir, quienes sufrieron esos

perjuicios, su indemnización, pidan de modo indebido.

Ya se vio, al estudiar las cartas que se cruzaron Jesús Gaviria y el doctor Gonzalo Echeverri, el empeño que éste tomó en tratar de aminorar los perjuicios de que le hablaba Gaviria con motivo de la no bajada de los buques al aserradero a transportar las maderas.

Por otra parte, ya atrás se analizaron los argumentos aducidos por la parte demandada encaminados a demostrar la existencia de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes, argumetos que son en el fondo los mismos que se aducen en apoyo de esta otra excepción.

Acoge la Sala, pues, la conclusión del Tribunal sobre que no está establecida la excepción de petición de modo indebido.

Carencia de acción y de derecho

Esta excepción — se expresa en la sentencia — la derivan los opositores de varios hechos así: ..... Transcribe el Tribunal esos hechos y los analiza y dice que esas excepciones no pueden declararse establecidas.

Esa conclusión es en el fondo una consecuencia lógica de lo decidido respecto de las otras excepciones, puesto que habiendo reconocido que no está probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes, es obvio que no podía reconocer la de falta de acción y de derecho por parte de éstos. Tanto menos cuanto que, los argumentos aducidos para sustentar aquéllas y éstas son, en general y en esencia, los mismos.

En relación con estas excepciones el apoderado del Departamento en esta segunda instancia dedica gran parte de su alegato a refutar las argumentaciones del Tribunal. Dice el señor apoderado:

"La sentencia recurrida, admitiendo la tesis de los actores formulada en la demanda, al exponer los fundamentos jurídicos de ella, resume más o menos de esta manera su razonamiento legal: el que ha cometido una culpa que ha inferido daño a otro es obligado a indemnizar a éste, responsabilidad que se extiende a las entidades públicas por hechos de sus agentes (artículos 1494, 2341, 2342, 2347 y 2349 del Código Civil). Acepto desde luego esta doctrina como inspirada en buen derecho, y no solamente la acepto sino que iría un poco más allá del Tribunal de Manizales, desprendiéndome un poco de la mera teoría de la culpa, como única fuente de responsabilidad extracontractual".

"Un hecho es culposo, dice el Tribunal, cuando es el resultado de una imprevisión, una imprudencia, descuido, negligencia, y en el presente caso los ejecutores del puente mencionado debieron tener en cuenta su altura sobre las aguas para evitar que fuera obstáculo a la libre navegación, establecida y legalmente protegida. Citanse como disposiciones legales que establecen el derecho de libre navegación, de modo general, los artículos 577 y 678 del C. Civil y de manera especial el artículo 1º de la ley de 24 de mayo de 1856 y el 57 de la ley 84 de 1871".

"Como disposiciones protectoras del derecho a navegar en los ríos contra perturbaciones surgidas de la construcción de obras públicas, se invoca el artículo 3º de la ley de 24 de mayo de 1856 citada. Razonan así el demandante y el juzgador de primera instancia: si este precepto legal establece el paso libre para todo género de embarcaciones en los puntos en que los ríos navegables cortan los caminos públicos; y si el derecho para construír puentes en esos pasos está limitado por la condición de que no embaracen la navegación a lo largo del río, es clara la conclusión de que si el puente Bernardo Arango, sobre el Cauca, causó embarazo al libre tránsito de los buques, la entidad constructora es responsable de los perjuicios ocasionados, y su culpa consiste en el desacato a una disposición legal".

"Este motivo jurídico, cardinal, en la demanda, centro de argumentación de los distinguidos abogados que la patrocinan, y punto básico de apoyo de la sentencia, cae por su base si se tiene en mientes que

la limitación fue establecida para las legislaturas provinciales que no representan la soberanía de la nación, pero no abarcan en manera alguna a ésta, que goza de libertad no sólo para ejecutar obras que puedan ocasionar obstáculos a la navegación, sino para suprimir ésta, si las conveniencias públicas a su juicio lo exigen. El artículo 4º de la Constitución Nacional dispone que el territorio con los bienes públicos que de él formen parte pertenece únicamente a la Nación; de manera que es la Nación, por sus órganos respectivos, por el Congreso en este caso, la que establece el derecho de uso de dichos bienes, y es ella, por medio de leyes, la que ha consagrado el de navegación de los ríos, y la que puede también limitarlo; al Congreso corresponde decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse (artículo 69 de la Constitución), sin que esta facultad tenga limitación alguna".

"El Congreso por medio de la ley 5ª de 1921 dispuso la colocación de un puente sobre el Cauca entre el paso llamado La Virginia o Dagua y el Puerto de Caldas, y en el punto que señalara la Asamblea de Caldas, siempre que dicho Departamento contribuyera con la mitad del costo. De manera que no ha sido la legislatura provincial la que decretó la obra sino el legislador nacional, que declinó en aquella la escogencia del sitio de colocación, sin condición alguna. No existe ley que reglamente para la Nación la construcción de puentes, ni exija determinada altura, ni imponga condiciones de no embarazar a la navegación; y sería absurdo que la hubiese, pues si por medio de la legislación ordinaria se consagra el derecho a la navegación, por este mismo medio puede limitarse o suprimirse".

"De manera que partiendo del supuesto no admitido por la parte demandada, de un obstáculo fundamental a la navegación del puente en La Virginia, ningún ción del puente en La Virgina, ningún precepto legal obligaba al Gobierno de la Nación a mantener inmutable las condiciones en que esa navegación se hacía, y el legislador de 1921 al decretar la obra no impuso la obligación de no embarazar la navegación".

Se observa:

En otra parte de este fallo ha tenido la Sala oportunidad de analizar este argumento del señor apoderado, y allí se ha dicho que ni aunque se admitiera la tesis absoluta que sienta sobre la omnipotencia del legislador, como tal, resultaría fundado el argumento, en el caso que se estudia. Precisamente, porque el legislador no ha expedido ninguna ley en que suprima o limite la libre navegación de los ríos y el libre uso y goce de esa navegación, reconocidos por el Código Civil y demás leyes vigentes, ni siquiera la libre navegación del río Cauca; y porque lo que en la citada ley 5ª de 1921 lo que se ordenó fue que la Nación contribuyera con la mitad del costo de un puente que se levantara sobre el río Cauca entre el paso de La Virginia o Dagua y el de Puerto Caldas, en el punto que designara la Asamblea de Caldas, siempre que dicho Departamento contribuyera con la mitad del costo. No dijo la ley que el puente podía construírse sin tener en cuenta que embarazara o no la libre navegación del río; y ni siquiera dijo que debía construírse con la altura que se le dio. Al contrario, el Gobierno, por conducto del Ministerio de Obras Públicas, en forma expresa y perentoria le hizo presente al Gobernador de Caldas que el puente debía levantarse a una altura no menor de trece metros, precisamente para que no embarazara la libre navegación y evitar reclamos. Y de otro lado el Intendente de la Navegación del Alto Cauca le dijo al mismo Gobernador que al puente debía dársele una altura que no obstruyera el paso de los buques en ningún tiempo.

Como subsidiario aduce el señor apoderado este otro argumento: "Pero suponiendo que no fuera posible al Congreso decretar la construcción del puente, sino dentro de condiciones determinadas en la ley de 1856, no obstante referirse ella a las legislaturas provinciales, es muy aventurado afirmar que esa construcción

y solamente esa construcción causó la suspensión definitiva de la navegación del puente para abajo. Para sostenerlo así multitud de pruebas obran en el juicio; pero quiero sólo recalcar en las siguientes: "..... (Hace la transcripción fragmentaria de las declaraciones de algunos testigos en lo referente al paso o no paso de lo sbuques po rdebajo del puente) y dice: "No siendo posible deducir de la prueba testimonial creada a petición del actor, por lo dicho, la imposibilidad de la navegación en el Cauca de La Virginia hacia abajo, causada por la construcción del puente, es necesario atenerse a los hechos positivos, en lugar de las negaciones de carácter general a que ella se reduce. Y entre esos hechos está especialmente la declaración de testigos de tanta fama y tanto conocimiento como los doctores José Jaramillo Montoya, ex-representante al Congreso, ex-diputado a la Asamblea de Caldas, ex-secretario en varios despachos en la Gobernación, ex-contralor del Departamento y caballero de la más alta distinción: doctor Francisco Luis Arango, ingeniero por largos años en los caminos y carreteras departamentales, ex-gerente de los Cables Aéreos, ex-gerente del Ferrocarril Naccederos - Armenia, etc.: Gonzalo Echeverri, distinguidísimo ingeniero caldense, para no citar sino los más prominentes de estos declarantes afirman con otros, que vieron pasar barcos por debajo del puente y algunos de ellos dicen haber pasado personalmente en uno de ellos. Claro es que tratándose de hechos vistos por los declarantes, sus testimonios tienen mayor valor que la de aquéllos que se limitan a decir que tal hecho no es posible".

El Tribunal en su sentencia hace un examen minucioso de los testimonios aducidos por ambas partes en relación con estos hechos. Además, en otra parte de este fallo, se deja hecho el estudio de ellos y se demuestra que, efectivamente, como dice el Tribunal, con la construcción del puente "Bernardo Arango" quedó embarazada la navegación del puente para abajo.

En cuanto a la declaración del doctor Gonzalo Echeverri ya se vio que él mismo declara que "intervino en la erección del puente "Bernardo Arango" como ingeniero encargado de la obra" y que "ignoro si en la construcción de esta obra se tuvieron en cuenta las necesidades de la navegación en el Alto Cauca". Se ha transcrito también lo que en carta dirigida a Jesús Caviria le manifestó, en relación con las gestiones que estuvo haciendo con Llano & Cía., sobre recortada de los buques. En su nueva declaración rendida en esta segunda instancia lo que dice es que por el conocimiento que tiene tanto de los barcos como del puente expresado sabe y le consta que no es imposible que aquéllos pasen por debajo de él con aguas normales, siendo necesario hacérle a unos de ellos una pequeña modificación en las chimeneas.

No desconoce la Sala los títulos y la distinción de este testigo y de los otros dos que nombra el señor apoderado. Pero considera que ello no justifica la preferencia especial que según él debe dársele a sus testimonios, fuera de que, de tales testimonios, no se deduce que el puente no hubiese embarazado la libre navegación en el trayecto respectivo.

Lo dicho hasta aquí es suficiente para reconocer que, como lo resuelve el Tribunal, no está probada esta excepción.

Prescripción

En lo referente a esta excepción dice el fallo: "Los demandados la han hecho consistir en que la parte actora confiesa que desde el mes de enero de 1928 dejó de funcionar la empresa de "El Triunfo" por la construcción del puente "Bernardo Arango", y que en estas condiciones, a la fecha de la demanda, enero de 1935, la prescripción extintiva se había efectuado de conformidad con el artículo 2358 del Código Civil, que hace parte del título 34 de este código, que regula toda la materia de responsabilidad por los delitos y las culpas. Que como ni la Nación ni el Departamento son responsables criminalmente, no es-

tán comprendidos dentro del primer inciso del artículo 2358 citado, pero como se trata de la responsabilidad de estas entidades, por obras de sus agentes, encaja en el inciso 2º de dicho artículo".

Transcribe el Tribunal ese artículo, lo analiza y luégo dice: "Según las constancias procesales que se han visto antes, el Departamento de Caldas fue el ejecutor directo de la obra del puente "Bernardo Arango". Sus ingenieros obraron por orden de la propia Gobernación, que por medio de la resolución 215 de 18 de diciembre de 1926, que se lee en copia auténtica al folio 30 del cuaderno principal, dispuso que la obra se ejecutara en la forma en que se hizo, aun contraviniendo el concepto del Ministerio de Obras Públicas de que se le diera la altura de trece metros, como esta misma resolución lo dice. El Gobernador es el Jefe de la administración departamental (artículo 47 de la Constitución), y dirige la administración dictando las providencias necesarias en todos los ramos. (Artículo 59 de la Constitución); es el Gobernador quien representa al Departamento. Al Gobernador le corresponde hacer cumplir las ordenanzas (artículo 127 del C. P. y M.) Las ordenanzas dispusieron la construcción de la obra del puente en común con la Nación sin determinar su altura y en desarrollo de la ley 5ª de 1921, pero según la resolución vista, fue el Departamento, por medio de su órgano propio quien dispuso que los ingenieros efectuaran la obra defectuosa. De modo que en este caso no se trata de acción por daño de terceros, que es a la que se refiere el inciso 2º del artículo 2358, y por lo tanto dirigida contra el Departamento la acción no cabe la prescripción de corto tiempo que contempla este inciso, sino que la prescripción se rige por las reglas generales del C. C."

Hace en seguida varios razonamientos en relación con la prescripción del Departamento y la Nación en la ejecución de la obra, y termina así: "..... Y como desde la terminación del puente hasta la fecha de la demanda habían corrido tres años, es necesario declarar que en relación con la Nación sí existe establecida la prescripción extintiva alegada".

El apoderado del Departamento en esta segunda instancia, dice en su alegato, después de relacionar los razonamientos del Tribunal: esto: "Como evidentemente ninguna de estas disposiciones del C. Civil es aplicable a las entidades morales, y menos a la entidad pública, que no puede obrar sino por medio de agentes, fue preciso fundar la acción en el artículo 2347 del mismo Código que establece excepciones al principio general de la responsabilidad personal por los propios hechos, creando la responsabilidad por el hecho de otro, citando esta disposición para que por analogía se aplicase, toda vez que tampoco ella se refiere a las entidades públicas. Así mismo fundóse el demandante en la jurisprudencia establecida como hecho jurídico real que adscribe a las entidades públicas — Nación, Departamento, Municipios — responsabilidad civil por los actos que ejecuten sus agentes autorizados (subrayo) en detrimento de los derechos civiles de terceros. Y el Tribunal de Manizales al aceptar esta tesis jurídica, invoca también el artículo 2349 del mismo Código, que trata otro caso de responsabilidad por otro. Sin embargo de ser todo el motivo legal de la demanda y la razón fundamental de la sentencia este principio de responsabilidad de la entidad pública por el hecho de sus agentes, cuando llega el momento de estudiar la prescripción ya no se trata de un acto de tales agentes sino de la propia entidad directamente".

A juicio de la Sala no existe la contradicción y mucho menos el absurdo a que se refiere el distinguido abogado.

Que "la entidad pública como persona moral no obra por sí misma, sino por medio de sus agentes, servidores o representantes"; que "ella por sí misma no puede ejecutar hechos y que éstos se cumplen en nombre de aquélla, pero no por ella", como dice él, es exacto. Y, precisamente, por ser exacto eso es por lo que, en el caso que se estudia, el Departamento es el obligado a indemnizar los perjui-

cios, pues la obra se llevó a cabo en las condiciones en que se realizó en virtud de orden expresa del Gobernador, que, constitucionalmente, es representante del Departamento. Y aquí cabe destacar el hecho de que cuando el Gobernador dictó la precitada Resolución 215 no obró en su carácter de Agente del Organo Ejecutivo, sino en su otro carácter de representante del Departamento y Jefe de la Administración Departamental; y no sólo eso, sino que en dicha Resolución consideró la exigencia del Ministro de Obras Públicas — para prescindir de ella — sobre que "era necesario que la altura menor del puente debía ser de trece metros para que el tráfico no tenga ninguna dificultad y evitar posibles reclamos", y no consideró la advertencia que le hizo el Intendente de Navegación del Alto Cauca sobre que el puente debía construírse "a una altura que puedan pasar los buques, cualquiera que sea su tamaño y el volumen de las aguas, de conformidad con la ley 21 de 1856".

Refiriéndose concretamente a la citada Resolución 215 dice el señor apoderado: "Pero el estudio de dicha resolución patentiza por otro lado que con ella no se ordenó, como lo pretenden los demandantes, para deducir responsabilidad al Departamento de Caldas, que se hiciese el puente con determinada altura, ni de modo que embarazase la navegación; la parte resolutiva ordena simplemente al ingeniero que continúe la construcción como se ha venido haciendo y la ha aceptado la Gobernación, es decir, con la altura suficiente para la obra. Como se ve, no hay aquí por parte de la Gobernación orden alguna de ejecución a conciencia de que se perturbaría la navegación, y antes lo resuelto se apoya en la consideración de que no hay perturbación posible, de que allí no hay navegación, como en efecto no la había en 1926". Ésta es materia muy interesante que ruego a la Corte tener en consideración. La nota del Intendente Fluvial de 1925 y la de 1926, la Resolución de la Gobernación, notas de la Secretaría de Hacienda, todos los documentos, sin una prueba en contrario, acreditan que en el año de 1926 y antes no había navegación en el Cauca sino hasta La Virginia, de modo que cuando la Gobernación disponía la manera de hacer el puente partía de la base de la inexistencia de tal navegación, que por lo mismo no podía perturbar".

Se observa:

De las pruebas que obran en autos, inclusive las producidas por la parte demandada, resulta que sí había navegación de La Virginia — para abajo — diaria u ocasionalmente—, pero la había, antes de construírse y durante la construcción del puente. Tan cierto es esto que la propia parte demandada ha aducido pruebas encaminadas a demostrar que el puente no impidió que los buques siguieran bajando de La Virginia tan libremente como lo hacían durante su construcción y después de construído.

Que el Gobernador, empujado por el deseo, humanamente plausible — desde luego — de que no se retardara la construcción del puente, no hubiese atendido a la exigencia del Ministro de Obras Públicas ni el "ruego respetuoso" del Intendente de Navegación del Alto Cauca, es cosa que la Sala no censura; pero — claro está — que no puede apreciarla para considerar justificada la ordenación consignada por él en la tántas veces citada Resolución 215, y mucho menos para desconocer el fundamento de la distinción existente — como lo reconoce el Tribunal — entre la situación jurídica de la Nación y del Departamento en lo tocante a la prescripción que se alega, ni para reconocer que esa situación "es exactamente igual", como lo afirma el señor apoderado.

Por otra parte: Considera la Sala que la declaratoria que hace el Tribunal de estar demostrada la excepción de prescripción en lo referente a la Nación, ha sido aceptada por la parte demandante, como se deduce de esta declaración que en su alegato hace su distinguido apoderado doctor Enrique A. Becerra en esta segunda instancia: "Acerca de la cuantía de los perjuicios, que es precisamente el móvil

que autorizó el recurso de apelación contra la sentencia a que me refiero, me permito hacer el siguiente comentario:...."

Y esa declaratoria del señor apoderado tiene su fundamento, pues si se lee la parte petitoria de la demanda se ve que el demandante pide que se declare "que la Nación y el Departamento solidariamente, o el que de éstos se indique en la sentencia, deben pagar en el término legal a los señores "J. Castro & Hijo" y Jesús Gaviria A. en una u otra de las condiciones referidas, la suma....." Y como quiera que en la sentencia se condena al Departamento, es claro que ella no es desfavorable al demandante en lo referente a la parte a quien se condena, esto es, en lo tocante a ese punto la sentencia está conforme con la petición del actor.

Acepta, pues, la Sala, la conclusión del Tribunal.

Monto de los perjuicios

Sobre este punto también se hace en la sentencia un detenido y amplio estudio y llega el Tribunal a la conclusión de que no se puede condenar a la totalidad de los que reclaman los demandantes, conclusión que la Sala considera fundada.

Razona así el Tribunal: "Falta en nuestra legislación civil, en el título correspondiente a la responsabilidad común por los delitos y las culpas, disposiciones especiales que indiquen qué comprende la remuneración por los daños provenientes de la culpa civil extracontractual a fin de hacer la liquidación de ellos, pero son aplicables los artículos 1613,, 1614 y 1616 del C. Civil, y entonces los perjuicios comprenden, ante todo, el daño emergente o sea el valor de lo que el injuriado hubiese perdido, y el lucro cesante, o ganancia que haya dejado de percibir por causa del hecho culposo, debiéndose tener en cuenta los provenientes directamente del hecho culposo imputable a los demandados". "En primer lugar se observa en cuanto a los cinco años más de que hablan los demandantes, que según el documento traído como prueba del negocio habido entre "J. Castro & Hijo" y Jesús Gaviria, el plazo estipulado era de cinco años, de los cuales ellos mismos dicen que iban corridos dos años, y aun cuando reza el documento que el contrato es prorrogable por voluntad de las dos partes contratantes, no se ha establecido que esa prórroga se hubiera efectuado y los perjuicios se cobran es a base de ese contrato. De esta manera se pretenden cobrar perjuicios inciertos, que dependerían de un hecho que podría efectuarse o no, pero que no se efectuó o no está demostrado que se realizara, como es el de la posible prórroga de ese contrato. Por esto esos perjuicios no son reales y no puede decretarse indemnización por ellos".

Transcribe en seguida el dictamen de los peritos que hicieron el avalúo de los perjuicios y dice: "El artículo 721 del C. J. da al dictamen pericial que trata de avalúos y de cualquier regulación en cifra numérica, el valor de plena prueba cuando el dictamen es uniforme, explicado y debidamente fundametnado". "El dictamen pericial que se ha transcrito es uniforme, explicado y fundamentado".

Ha estudiado la Sala las observaciones que contra el dictamen pericial formula el apoderado del Departamento en esta segunda instancia y considera que ellas no alcanzan a destruír el valor probatorio de aquel dictamen, que, como lo anota el Tribunal, es uniforme, explicado y fundamentado.

Los peritos que intervinieron en la inspección ocular practicada por la Sala en esta segunda instancia a petición del apoderado del Departamento emiten conceptos en relación con la conservación de la maquinaria del aserradero, así: "El perito del Departamento dice: "Considero que con mediana diligencia y cuidado se hubiera conservado la maquinaria de "El Triunfo" sin deteriorarse hasta el extremo en que hoy se encuentra. Habiendo estado las maquinarias durante diez años muy bien conservadas no se habrían deteriorado ni desvalorizado por falta de uso. Respecto al costo de conservación de dichas maquinarias considero que puede

calcularse en la suma de mil quinientos pesos ($ 1,500.00)." El perito del demandante dice: "Las maquinarias que componían el aserrío de "El Triunfo" sí hubieran podido conservarse en mejores condiciones de las que presentan actualmente, siempre que se hubiera ejercido un sostenimiento permanente de ellas. Estimo en un valor aproximado de cuatro mil pesos ($ 4,000.00) el costo de sostenimiento de esas maquinarias durante diez años; y el perito tercero dice: "Las maquinarias que componían el aserradero "El Triunfo" sí habrían podido conservarse en muchísimas mejores condiciones y no se hubieran deteriorado hasta el extremo que presentan hoy. Las maquinarias a que me referí en el aparte anterior sí se habrían deteriorado algo aunque hubieran estado muy bien conservadas; el costo de conservación de ellas hubiera sido de dos mil pesos ($ 2,000.00) en diez años".

Sobre el particular anota la Sala, primeramente, la carencia de fundamento del concepto que emiten los tres peritos, especialmente en lo tocante a la suma que señalan como costo de conservación de las maquinarias en diez años. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el avalúo dado por los tres peritos que regularon los perjuicios sufridos por los demandantes, en concepto de daño emergente, se refiere no sólo al deterioro de la maquinaria sino a otras cosas más. En efecto, dijeron los peritos: "Las pérdidas sufridas por concepto de inutilización y destrucción de edificios, pérdida de instalaciones, desvalorizaciones, destrucciones de objetos e imposibilidad de aprovechamiento de los mismos, los hemos estimado en la suma de nueve mil ochocientos pesos ($ 9,800.00)".

Ese dictamen, como ya se dijo, es uniforme, explicado y fundamentado.

Ha examinado también la Sala las alegaciones del apoderado de los demandantes encaminadas a demostrar que la sentencia debe reformarse en el sentido de extender la condena al monto de los perjuicios fijados por los peritos en concepto de lucro cesante durante los cinco años a que habría podido prorrogarse el contrato entre "J. Castro e Hijo" y Jesús Gaviria, y considera que aquellas alegaciones no justifican su solicitud.

Sobre esa cuestión, las razones consignadas en el fallo para no haber extendido la condena a tales perjuicios, son fundadas.

La estipulación contenida en ese contrato sobre que el término de duración podía prorrogarse a voluntad de ambas partes, nada significa. Bien habría podido no consignarse, sin que por ello quedaran los contratantes inhabilitados para prorrogarlo si así lo querían, no sólo por cinco años, sino por seis, siete o más; y entonces también habrían tenido derecho para exigir indemnización de perjuicios durante el número de años que quisieran, lo que sería absurdo.

Y aquí sí encaja el argumento que tan reiteradamente han aducido los apoderados del Departamento sobre que con motivo de la llegada del Ferrocarril a Cartago y la construcción de la carretera Villegas-Arquía, la navegación de los buques comenzó a decrecer visiblemente. De modo que ese hecho sí puede tomarse como base para creer que, probablemente, los contratantes no habrían acordado la prórroga de 1931 en adelante.

Y encaja también la doctrina sentada por la Corte, en materia de perjuicios, en concepto de lucro cesante, invocada por dichos apoderados.

Resumen

Sobre la base de todas las razones expuestas en el cuerpo de este fallo, considera la Sala que la sentencia, materia del recurso, debe confirmarse.

Y en tal virtud, la Corte Suprema de

Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confírmase la sentencia de fecha veinte de abril de mil novecientos treinta y siete proferida por el Tribunal de Manizales.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres, Secretario.

JUICIO POSESORIO DE MINAS

1. Las sentencias de segunda instancia en los juicios posesorios de minas tienen el carácter de interlocutorias y pueden ser revocadas por el mismo Juez que las dictó. — 2. Aunque el Estado tiene el derecho de determinar, por medio de sus agentes, las minas que pertenecen a la reserva y hacer cesar la ocupación de ellas, eso es cuando se trata de ocupaciones violentas o clandestinas, sin títulos de ninguna clase, pero no cuando hay derechos adquiridos que respetar, porque existen titulaciones emanadas del Estado. Si éstas adolecen de irregularidades o son susceptibles de variadas interpretaciones, no pueden quedar sometidas a la calificación arbitraria de las autoridades administrativas, sin cumplir los procedimientos señalados para dirimir las controversias. — 3. El propósito de la ley sobre posesión de minas es mantener el *statu quo*, mientras no lo cambie la competente decisión judicial.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo siete de mil novecientos cuarenta.

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

Los antecedentes de este negocio son los siguientes: Como dueña y poseedora de la mina "Pan de Oro", ubicada en el río San Juan, la Compañía Minera Chocó-Pacífico, S. A., domiciliada en Andagoya, Intendencia del Chocó, estableció ante el Tribunal Superior de Cali una acción posesoria por haber sido perturbada en la posesión de la mina referida, en virtud de órdenes emanadas del Ministerio de Industrias y Trabajo y cumplidas por mediación del Intendente del Chocó y del Prefecto de la Provincia del San Juan. La Compañía se opuso a la celebración de un contrato sobre explotación de metales preciosos en el lecho del río San Juan, según propuesta que hizo el señor José Alfonso Currea; el Ministerio declaró infundada la oposición en la Resolución número 112 de 8 de noviembre de 1937 y ordenó notificar a la Compañía la suspensión inmediata de los trabajos de exploración y explotación establecidos en la zona del cauce del río San Juan distinta de la comprendida en los dos mil trescientos treinta (2330) metros de extensión longitudinal de la mina "Pan de Oro", tal como aparece demarcada en el croquis elaborado por la Sección Técnica de la Dirección General de Minas; las autoridades administrativas del Chocó ordenaron poner en ejecución la resolución del Ministerio y el Intendente del Chocó — y en cumplimiento de órdenes de éste el Prefecto del San Juan, — hicieron cesar el 5 de marzo de 1938, los trabajos de exploración y explotación que estaba llevando a cabo la nombrada Compañía con la draga Nº 1, en el cauce del río San Juan y en el sitio de "La Leonera", frente a la desembocadura de la quebrada "Santa Bárbara" en el municipio de Tadó, sitio éste comprendido en la mina de "Pan de Oro". En el momento de la diligencia, el representante de la Compañía, señor W. W. Avery, dejó constancia de que la draga número 1, en el cauce del río San Juan nó estaba trabajando en ese momento dentro de los linderos de la mina "Pan de Oro", de propiedad de la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., linderos que determina claramente el título respectivo, distinguido con el número 1231 de 6 de julio de 1899, y que son: por abajo, la confluencia de la quebrada "La Platina" con el río San Juan, y por arriba el pun-

to conocido con el nombre de Puente Antiguo; que tal mina fue redimida a perpetuidad y que dejaba su protesta por el atropello de que se hacía víctima a la Compañía. El Tribunal, en providencia de fecha 7 de junio de 1938, negó lo pedido por la Compañía. Concedido el recurso de apelación que interpuso el representante de ésta, la Sala, con fecha 6 de julio del año pasado, revocó la resolución del Tribunal, ordenó que cesaran los efectos de la orden del Prefecto del San Juan y previno a las autoridades administrativas que se abstengan en lo sucesivo de perturbar el derecho de la Compañía.

El señor Procurador Delegado en lo Civil pidió revocatoria de la providencia de la Sala para que se rectifique o por lo menos se aclare. Tramitada la solicitud legalmente, se pasa a decidirla.

La primera cuestión que hay que resolver es si la providencia dictada por la Sala en segunda instancia, está sujeta al recurso de reposición o revocatoria ante la misma Corte. El señor Procurador sostiene que sí y el doctor Luis Eduardo Gacharná, apoderado de la Compañía afirma por su parte que no, pues estima que no pueden extenderse a la segunda instancia los preceptos establecidos por la ley para la primera.

La Sala considera lo siguiente:

Las disposiciones pertinentes del Código de Minas dicen así:

Artículo 429. "En el caso a que se contrae el artículo anterior el Juez examinará las pruebas que se presenten; y si hallare fundada la acción, sin previa citación ni audiencia del demandado, prevendrá a éste que se abstenga en lo sucesivo de violar el derecho del demandante, y que preste una fianza a satisfacción del Juez de no repetir los hechos que constituyen la perturbación".

Artículo 430. "Esta sentencia tiene el carácter de interlocutoria y se notificará personalmente, no impedirá que el demandado intente la acción de dominio y reivindicación, o cualquiera otra que pueda tener, y deberá ejecutarse sin embargo de apelación, que sólo podrá concederse en el efecto devolutivo".

Artículo 431. "El individuo a quien se haga la notificación de que habla el artículo anterior, puede también pedir revocatoria de la providencia dentro de tercero día, y puede acompañar a su solicitud las pruebas que estime convenientes o pedir en ella que se practiquen".

Las disposiciones citadas le dan a la sentencia de primera instancia el carácter de interlocutoria, establecen que puede ser apelada y que puede también ser revocada por el mismo Juez que la dictó. Si la providencia de primera instancia es interlocutoria, la de segunda instancia que la confirma o revoca debe tener el mismo carácter, porque no sería lógico estimar que un auto es interlocutorio y que aquél que lo revisa tiene una categoría distinta.

El Código Judicial en su artículo 488 establece que procede el recurso de reposición contra los autos interlocutorios. Por consiguiente, si la sentencia de segunda instancia en un juicio posesorio de minas tiene ese carácter porque la ley se lo ha querido dar, es obvio que puede ser revocada por el mismo Juez que la dictó. Así lo ha resuelto la Corte en casos similares y también ha sido ésta la doctrina de los Tribunales, entre otros el de Medellín, en sentencia de seis de octubre de 1938. No debe perderse de vista que los juicios posesorios de minas tienen una tramitación especial, con modalidades diversas de las establecidas por el Código Judicial.

Por tanto, es procedente el recurso de reposición interpuesto por el señor Procurador Delegado en lo Civil y es el caso de entrar al estudio de la cuestión de fondo.

El argumento fundamental del señor Procurador en el cual apoya su solicitud de reconsideración es el de que no puede haber interdicto posesorio para amparar

la tenencia de cosas que no son susceptibles de apropiación y que, en consecuencia, no puede haberlo en el caso de autos, desde luego que lo que la Compañía demandante busca es el amparo de posesión de una mina que, por ser de la reserva del Estado, según las leyes 72 de 1910 y 13 de 1937, no es susceptible de apropiación.

La Sala considera:

El artículo 5º de la ley 72 de 1910, estableció lo siguiente:

"No podrán adjudicarse minas en los lechos de los ríos navegables".

El artículo 1º de la Ley 13 de 1937, dice así:

"La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. La explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente, por medio de contratos celebrados con el Gobierno que serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la ulterior revisión del Consejo de Estado.

"ES ENTENDIDO QUE ESTA DISPOSICION DEJA A SALVO LOS DERECHOS ADQUIRIDOS CONFORME A LAS LEYES".

"Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no se opone al ejercicio de la industria popular conocida con el nombre de **mazamorreo o lavadero de los pobres**, que el Gobierno garantizará en todo momento. También se tolerará el laboreo en pequeño de las minas reservadas, mientras no hayan sido contratadas".

Cuando se estableció en la ley que no se podían adjudicar minas en los lechos de los ríos navegables, ya estaba la mina de "Pan de Oro" en posesión de particulares que cedieron posteriormente sus derechos a la Compañía demandante. La reserva del Estado para contratar la explotación de esas minas, se decretó sin perjuicio de los derechos de terceros. Por tanto, no puede hoy alegarse que se trata de una mina reservada y no susceptible de posesión, porque cuando la ley le dio ese carácter a las minas de los lechos de los ríos, había respecto de la de "Pan de Oro" una situación jurídica concreta que es necesario respetar.

Para acreditar el dominio de la mina llamada "Pan de Oro", se presentaron títulos y traspasos de la propiedad desde el año de 1899, en que fue adjudicada a José David Delgado, para él, Limbania Gómez viuda de Domínguez y Manuel Gregorio Salazar, a causa de haber sido abandonada por el antiguo poseedor, a quien se adjudicó en el año de 1892. De la mina se dio legalmente posesión por medio de una diligencia en la cual se fijaron los mismos linderos que hoy tiene. Se presentaron también los títulos que acreditan los traspasos de la mina hasta la escritura número 59 de 1º de abril de 1927, otorgada en la Notaría de Istmina y debidamente registrada por medio de la cual The Anglo Colombian Development Company, Limited, vendió a la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., la mina de "Pan de Oro" por estos linderos que son los mismos de la diligencia de 1899: "Desde la boca del río Mungarrá o Platina, en el río San Juan, por abajo hasta Puente Antiguo, cuatrocientos metros arriba de la boca del río Perto, por el lado de arriba, incluyendo todas las islas y playas comprendidas en este trayecto, y, por ambos lados las dos márgenes del río San Juan".

De manera muy clara se dijo en la sentencia que se estudia que para las acciones para conservar la posesión de las minas, bastaba acreditar la posesión ordinaria. Por eso no se entró a calificar la suficiencia de los títulos presentados, porque se estimó que eso era materia de otro juicio. Y se dijo lo siguiente:

"Pero prescindiendo de los títulos expresados, ya que para su apreciación hay una diferencia de criterio entre las partes, que sólo puede decidirse como se ha dicho ya, en un juicio distinto, la posesión ordinaria, que da lugar a la acción posesoria, y que es la que proviene de la ocupación material de la mina, sin violencia

ni clandestinidad. (Artículo 305 del Código de Minas), está suficientemente acreditada en el expediente".

Pero eso no quiere decir que la Compañía demandante sea solamente poseedora ordinaria y que por virtud de la reserva de 1910 perdiera sus derechos. Se han presentado títulos que acreditan la posesión regular, mientras no se diga lo contrario por la justicia ordinaria que es a la que corresponde en definitiva decidir la cuestión. Por consiguiente, la reserva mencionada no podía desconocer esos derechos ni el Ministerio tenía facultad para calificar la situación jurídica de la entidad mencionada en un acto unilateral, sin ser oída legalmente y por los trámites pertinentes.

Se ha dicho que el Estado tiene el derecho por medio de sus agentes de determinar las minas que pertenecen a la reserva y hacer cesar la ocupación de ellas. Pero es cuando se trata de ocupaciones violentas o clandestinas, sin títulos de ninguna clase; pero no cuando hay derechos adquiridos que respetar, porque existen titulaciones emanadas del Estado. Si éstas adolecen de irregularidades o son susceptibles de variadas interpretaciones, no pueden quedar sometidas a la calificación arbitraria de las autoridades administrativas, sin cumplir los procedimientos señalados para dirimir las controversias.

En este negocio ha habido controversia sobre el dominio de la mina de "Pan de Oro", pues se hacen por parte de la Nación objeciones al título de adjudicación. También hay discrepancia sobre los excesos que pueden existir conforme al título, pues la Nación sostiene que la cabida adjudicada es menor que la comprendida dentro de los linderos por los cuales se entregó la mina en 1899, y la Compañía sostiene que en el caso de existir los excesos éstos fueron redimidos por el pago de impuestos y por el lleno de las demás formalidades exigidas en el Código de la materia. Estas cuestiones no pueden ventilarse en el juicio posesorio, ni la enunciación de ellas puede perjudicar el derecho de la Compañía al amparo de la posesión, porque es obvio que las cuestiones relativas al dominio son ajenas al juicio posesorio y deben ser materia de acciones ordinarias. Por esta circunstancia es procedente aclarar la sentencia como está pedido, para adicionarla en el sentido de declarar que ella no perjudica las acciones de dominio o reivindicación que puede iniciar la Nación. (Artículo 430 del C. de M.)

La Sala, en la providencia de fecha 6 de julio del año pasado, dijo que por medio de una resolución de carácter administrativo no se puede despojar a nadie de la posesión de una mina. Como apoyo de esta tesis citó una doctrina de la Corte, en sentencia de fecha 9 de diciembre de 1921, que dice que el propósito de las disposiciones de la ley sobre posesión de minas es "mantener el statu quo, mientras no lo cambie la competente decisión judicial".

El señor Procurador anota que el fallo citado por la Sala fue revocado y que en este caso no se trata de un juicio de despojo, sino de perturbación.

Se observa que si es verdad que el fallo de la Sala de Negocios Generales fue revocado por esta misma entidad en providencia de fecha 24 de septiembre de 1923, publicada en los números 1557 y 1558 de la Gaceta Judicial, la revocatoria se debió a la deficiencia de la prueba presentada con la demanda; pero que la tesis de la Sala no fue variada, pues se apoya en claros principios de derecho, como el que señala la separación de los diversos órganos del Estado y les fija las atribuciones que les corresponden en el desarrollo de sus actividades. Si se dicta una resolución ministerial para resolver a fondo sobre una disputa entre la Nación y los particulares acerca de la propiedad o de la posesión de una mina de oro ubicada en el lecho de un río navegable, cuando sobre el dominio se alegan títulos emanados del Estado y sobre la posesión se han cumplido los preceptos del Código de Minas, el

órgano ejecutivo invade las atribuciones del judicial.

En auto de fecha 25 de julio del año pasado, se ordenó tener al doctor Víctor Cock como apoderado sustituto del señor José Alfonso Currea en este juicio, de acuerdo con los documentos presentados, para coadyuvar la solicitud de reconsideración de la providencia de la Sala, hecha por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

En el escrito presentado por el doctor Luis Eduardo Gacharná dentro del término legal, pide revocatoria del auto expresado, porque no son suficientes los documentos presentados para acreditar la personería del apoderado.

Se considera:

El doctor Cock no acompañó a su solicitud el poder conferido por el señor Currea para este negocio. Dicho señor es persona ajena en este proceso. La prueba presentada por el doctor Cock consiste en un certificado del Secretario del Departamento de Minas del Ministerio de la Economía Nacional en el cual consta que el doctor Elías Abad Mesa, como apoderado del señor José Alfonso Currea, presentó al Ministerio una propuesta para explotar metales en una zona del río San Juan; que el poder conferido al doctor Abad Mesa tiene facultad para hacer peticiones y propuestas al Ministerio y para delegar el poder en persona de confianza; que el doctor Abad Mesa delegó el poder al doctor Gerardo Molina y éste a su vez lo delegó al doctor César Botero Medina, quien lo sustituyó al doctor Cock.

Como se ve, no aparece el poder conferido por el señor Currea para actuar en la Corte, documento necesario para acreditar la personería. El certificado del funcionario expresado, no es suficiente para acreditar el mandato, pues se refiere a un poder conferido para actuar en determinada oficina en asuntos limitados.

Por consiguiente, es fundada la petición del doctor Gacharná.

El señor Procurador Delegado en lo Civil estima que el fallo de fecha 14 de diciembre del año pasado, del Consejo de Estado, dictado en el juicio de nulidad de las Resoluciones números 112 de 8 de noviembre de 1937 y 40 de 15 de mayo de 1938, del extinguido Ministerio de Industrias y Trabajo, sobre la oposición a una propuesta de contrato, debe influir en la decisión de este negocio. La sentencia referida, dictada después de proferida la providencia de esta Sala, trata de la nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad de los actos aludidos, nulidad que fue negada, materia que es distinta de la cuestión de hecho sometida a la Corte. El mismo Consejo de Estado en el texto de su fallo advierte que las providencias que toman las autoridades del orden político para la conservación de los bienes nacionales en uso de las facultades conferidas por las disposiciones legales, "se entienden tomadas siempre sin perjuicio de los derechos que los interesados puedan hacer valer ante el Poder Judicial". Por consiguiente, no hay ningún conflicto de jurisdicciones ni colisión alguna entre lo resuelto por esta Sala y la decisión del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, resuelve:

1º No se accede a la revocatoria de la providencia de fecha seis de julio del año pasado, pedida por el señor Procurador Delegado en lo Civil;

2º Se adiciona la referida providencia en el sentido de declarar que ella no per-

judica la acción de dominio o reivindicación, o cualquiera otra que pueda tener la Nación;

3ª Se revoca el auto de veinticinco de julio del año pasado y se declara en cambio que no se admite al doctor Víctor Cock como apoderado del señor José Alfonso Currea en este juicio.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres, Secretario.

RECURSO DE HECHO — COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES PARA EL CONOCIMIENTO DE ALGUNOS INCIDENTES EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

La Sala de Negocios Generales conerales conoce en única instancia de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, mayores de $ 500.00; por una cuantía inferior conocen de los mismos asuntos los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo nueve de mil novecientos cuarenta.

El Juez de Rentas de la Administración de Hacienda Nacional de Santa Marta dictó mandamiento de pago a favor de la Nación y contra Miguel J. Caldas por la suma de ciento trece pesos con cincuenta y siete centavos ($ 113.57) moneda legal, con base en el reconocimiento número 175 de 2 de enero de 1939, procedente de la citada administración.

El ejecutado propuso ante el Tribunal Superior de Santa Marta, las excepciones de error de cuenta y de inexistencia de la obligación, las cuales fueron declaradas no probadas en providencia de 12 de agosto del año antes citado. Notificado de esta providencia el excepcionante Caldas pidió reposición de ella y en subsidio apeló. Denegados por el Tribunal ambos recursos, recurrió de hecho ante la Corte, Sala de Negocios Generales.

Para resolver se considera:

Dispone el artículo 516 del Código Judicial que para admitir el recurso de hecho se requiere que la apelación sea procedente, conforme a la ley, que se haya interpuesto en tiempo y que en tiempo también se haya pedido reposición e introducido el de hecho.

Aparece de autos, en el presente caso, que dentro del término legal se interpuso la apelación, denegada por el Tribunal, se pidió reposición de ese auto y en subsidio solicitó se ordenara la compulsa de las copias de lo actuado para recurrir de hecho. En lo tocante al otro requisito esencial de que trata el citado artículo, o sea la procedencia de la apelación, se observa:

El C. J. en su artículo 36, ordinal 5º, atribuía a esta Sala, sin limitación ninguna, el conocimiento privativo y en una sola instancia "del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que se siguen por los Recaudadores de Rentas Nacionales y los Jueces de Ejecuciones Fiscales Nacionales investidos de jurisdicción coactiva". Posteriormente, en uso de autorizaciones extraordinarias, el Gobierno Nacional dictó el Decreto-Ley 1315 de 1936 por medio del cual quitó a la Sala de Negocios Generales de la Corte el conocimiento de tales incidentes cuando la cuantía es inferior a quinientos pesos, y se lo dio a los Tribunales Superiores de Distrito.

Como se ve, pues, el mencionado decreto dividió la competencia por razón de la cuantía, quedando la Corte con el conocimiento privativo y en una sola instancia de los referidos incidentes, cuando la cuantía es de quinientos pesos o más y los Tribunales Superiores de aquellos cuya cuantía sea inferior a esa suma, pero en la misma forma, esto es, privativamente y en una sola instancia. Por eso la Sala, en casos semejantes y en distintos fallos ha rebatido los argumentos aducidos por el recurrente y sentado la siguiente jurisprudencia, que no hay motivos para variar:

"Así como la Corte Suprema de Justi-

cia, Sala de Negocios Generales, conoce en única instancia de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coativa, mayores de $ 500.00, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en su Sala Civil, conocen también privativamente y en una sola instancia de las apelaciones e incidentes en negocios de la misma naturaleza, pero de una cuantía inferior a $ 500.00".

Y es lógico que así sea, pues, aceptar la tesis sostenida por el señor Caldas en su memorial dirigido a esta Sala sustentando el recurso, sería consagrar una irregularidad en el procedimiento, toda vez que los incidentes de excepciones en los juicios de menos de $ 500.00, en la materia de que se trata, tendrían dos instancias y los otros una, cosa, por lo menos, ilógica. No teniendo, como queda visto, jurisdicción coativa, cuando la cuantía, como en el caso que se estudia, es inferior a $ 500.00, la apelación es improcedente y, como consecuencia, fundado el fallo del Tribunal.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, niega la admisión del recurso de hecho interpuesto por el señor Miguel J. Caldas contra el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, por considerar bien negada la apelación, y ordena poner lo resuelto en conocimiento del inferior para que conste.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres, Secretario.

PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS — MERCEDES DE TIERRAS CONFORME A LA LEGISLACION ESPAÑOLA — QUE SE ENTENDIA POR SOBRAS, CABALLERIAS O ESTANCIAS — CEDULAS REALES — TITULOS ANTERIORES AL AÑO DE 1821 — PRESCRIPCION

1. Conforme al artículo 26 de la ley 37 de 1931 en los términos en que está vigente de acuerdo con el artículo 5º de la ley 160 de 1936, en los casos de propuestas de contratos para la exploración y explotación de petróleos que se consideren de propiedad nacional, las oposiciones que a esas propuestas se formulen en cuanto a la propiedad del petróleo ante el Ministerio respectivo y aceptadas por éste, pasarán, junto con sus antecedentes, a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que esta entidad en juicio breve y sumario decida "si es o no fundada la oposición". Y según el mismo artículo si el fallo de la Corte fuere favorable al proponente le queda al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación ante el Poder Judicial, y el mismo derecho le queda al presunto dueño del terreno que no hiciere la oposición dentro de los términos señalados en dicho artículo, pero en uno y otro caso el opositor o presunto dueño no podrán intentar demanda ordinaria después de dos años, contados desde la fecha del fallo para el primero, y para el segundo, desde el día en que venció el plazo que señala este artículo para presentar oposición. — 2. El requisito primordial que señala el artículo 10 de la ley 160 de 1936 para reconocer que son de propiedad privada los petróleos no es que ellos se encuentren en terrenos que hubieran sido simplemente materia de trasferencias entre particulares, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sino que se encuentren en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad a esa fecha. — 3. Por medio de la Real Cédula de 1754 se suprimió el requisito de la aprobación por el Rey de las adjudicaciones que se hicieran de tierras realengas, el cual se exigía de acuerdo con la cédula de 24 de noviembre de 1753. Por la Real Cédula de 2 de agosto de 1780 el Rey dispuso no inquietar a los poseedores de tierras realengas, que habían salido ya del dominio de la Corona Española. — 4. Tales tierras, salidas ya del dominio de la Corona, siguieron siendo de propiedad particular conforme a la ley del 11 de octubre de 1821 que reconoció la siguiente situación de hecho: la del dominio particular de las adquiridas por merced o composición o por compras sucesivas u otros títulos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese hecho como base jurídica o como punto de partida necesario para aclarar en una forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. Conforme a esta tesis no sería indispensable la existencia de los títulos originarios del Estado con anterioridad al año de 1821, para reconocer la calidad de propiedad privada de las tierras que hubieran salido del dominio de la Corona en virtud de títulos directamente expedidos por ella o a nombre de ella, sino que bastaría la existencia de títulos traslaticios de dominio con anterioridad a 1821, entre particulares. — 5. Las Resoluciones dictadas por el Gobierno en virtud del artículo 879 del C. F. de

1873 deben tenerse como pruebas en los juicios en que se presenten. Una Resolución de éstas, tal como la de 22 de noviembre de 1880, no tuvo por objeto hacer adjudicaciones de baldíos, sino reconocer que los terrenos a que se refería no eran baldíos. Lo uno y lo otro son cosas bien diferentes. En el primer caso se pide un título de propiedad, en tanto que en el segundo lo que se hace es reconocer la existencia de un título anterior. En el primer caso se concede un derecho, y en el segundo lo que se hace es reconocer la existencia de un hecho consumado.—6. En el artículo 10 de la ley 160 de 1936 consagra el legislador la definición de lo que ha de entenderse por petróleo de propiedad privada. Desde luego la definición se limita a consagrar lo que ya estaba establecido en la ley y en la jurisprudencia. El artículo mencionado se funda en la reserva del petróleo a favor de la Nación, establecida por obra de la vigencia del Código Fiscal de 1873. No es indispensable para acreditar el dominio privado del petróleo ante el Poder Judicial, que se presente un título emanado del Estado, como sí lo es ante el Ministerio del Ramo. La Corte, en la amplitud no limitada que tiene para apreciar y admitir las pruebas, puede aceptar, en los juicios sumarios, cualquiera demostración que satisfaga en forma plena la exigencia del artículo 10 de la ley 160 de 1936, conducente a establecer que los terrenos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. A lo que se agrega, para el reconocimiento del dominio privado del petróleo la otra exigencia legal de que los terrenos en cuestión no hayan vuelto al Estado por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal. Para comprobar que un terreno salió definitivamente del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, no es preciso que en todo caso se traiga el título emanado del Estado ni que se compruebe la verosimilitud de su expedición. Puede el título legal no emanar del Estado y ser fuente de dominio privado del petróleo. Si falta el título emanado del Estado, puede comprobarse por otros medios el hecho fundamental, requerido por la ley, de que el terreno salió del dominio de la Nación antes de la reserva. Cualquier demostración que sea eficaz para establecer ese hecho debe admitirse como prueba.—7. Por el hecho mismo de que conforme al Código Fiscal que entró a regir en 1873 la Nación se reservó la propiedad de los petróleos, quedó establecida la imprescriptibilidad de ella; y si bien es cierto que hasta 1882 podían adquirirse por prescripción los terrenos baldíos, no lo es menos que esa prescripción no comprendía, no podía comprender, la propiedad de los petróleos que en ellos se encuentren o puedan encontrarse, si la prescripción se consumaba con posterioridad al 28 de octubre de 1873. — 8. Cuando un opositor comprueba que los terrenos en donde se encuentran o puedan encontrarse los petróleos de que se trata, salieron legalmente del patrimonio nacional, mediante títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, virtualmente queda comprobado que aquellos petróleos son de propiedad particular, salvo que dichos terrenos hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa. No existe hasta ahora disposición legal en que se establezca que aun cuando los petróleos se encuentren en los terrenos a que se refiere el artículo 10 de la ley 160 de 1936, dejan de ser de propiedad privada si no se explotan dentro de tal período de tiempo. Ni siquiera existe disposición especial que señale el acto o los actos de dominio que con respecto a los petróleos debe ejercitar el propietario para conservar aquel dominio, esto es, para no perderlo por prescripción extintiva; y obvio es que

en relación con esa propiedad no cabe aplicar las disposiciones que sobre posesión del suelo contiene el Código Civil.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril diez de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Vizcaíno).

PRIMERA PARTE

En memorial de fecha 22 de enero de 1937 el doctor Carlos Arturo Torres Pinzón, como apoderado de la Sociedad Anónima denominada "Sindicato de Inversiones,S. A.", domiciliada en Medellín, formuló propuesta al Gobierno Nacional por conducto del entonces Ministerio de Industrias y Trabajo — hoy de la Economía Nacional — para la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un lote de "terrenos baldíos ubicado entre los ríos Lebrija y San Alberto del Espíritu Santo en los Departamentos de Santander, Norte de Santander y Magdalena, en jurisdicción de los municipios de Ríonegro (S.), Cáchira (N. de S.), Agua Chica (Mag.) y Río de Oro (Mag.)" El proponente determinó en su memorial la ubicación, linderos, etcétera, del globo de terreno, materia de la propuesta. A ésta se le dio el curso legal, y el Ministro, después de examinar la exposición y los conceptos del Departamento de Petróleos del Ministerio, acogió las observaciones formuladas por ese Departamento y al efecto las puso en conocimiento del proponente; y éste, en memorial de 6 de abril de 1937, reiteró su propuesta haciendo las correcciones y aclaraciones anotadas como necesarias por el nombrado Departamento de Petróleos, siendo la principal la de excluír la propuesta la parte de terreno perteneciente al Departamento Norte de Santander, en donde por virtud del artículo 52 de la ley 37 de 1931 los contratos sobre petróleos deben ser aprobados por el Congreso.

Extensión

De acuerdo con la propuesta definitiva formulada por el doctor Torres Pinzón, el área total a que se refiere ella "tiene una extensión de cuarenta y cinco mil novecientas cinco (45,905) hectáreas con los siguientes linderos:

1º Como punto de partida se ha tomado un punto A situado en la orilla occidental del río Lebrija, cincuenta (50) metros al occidente (W) de la confluencia del brazo de las Montañitas con el río Lebrija en el sitio conocido con el nombre de El Chocó.

2º Del punto A se sigue por la orilla occidental del río Lebrija y luégo por la orilla norte del mismo donde éste se divide en dos brazos, aguas abajo, hasta llegar a un punto B situado en la orilla, cincuenta (50) metros al norte de la confluencia del río Lebrija con el río Cáchira. La línea recta que une los puntos A y B tiene una longitud de once mil setecientos noventa (11,790) metros y rumbo de norte treinta y dos grados y diez minutos al este (N 32º-10" E.)

3º Del punto B se continúa por la orilla oriental del río Cáchira, aguas arriba, pasando por los sitios llamados Las Pavas y San Andrés, hasta un punto C situado en la orilla, cincuenta (50) metros al oriente de la confluencia de los ríos Cáchira y San Alberto del Espíritu Santo. Entre estos puntos la petición linda por oriente con terrenos particulares denominados tierras del pescado, sobre los cuales alegan propiedad los señores Sinclair, Roca Niz, etcétera. La recta que une B y C tiene una longitud de diez mil doscientos sesenta (10,260) metros y rumbo de sur trece grados cuarenta y cinco minutos al este (S. 13º-45" E.)

4º Del punto C se continúa por la orilla norte del río San Alberto del Espíritu Santo, aguas arriba, hasta un punto D situado sobre dicha orilla. La única recta que une los puntos C y D tiene una longi-

tud de veinte mil doscientos sesenta (20,260) metros y rumbo de sur cincuenta y ocho grados veinte minutos al este (S. 58º-20" E.) En este trayecto la petición linda por el norte con el río del Pescado, y, como el río San Alberto del Espíritu Santo cambia constantemente de cauce la intención es siempre lindar con dichas tierras del Pescado.

5º Del punto D se sigue una línea recta con rumbo astronómico sur y de catorce mil novecientos cuarenta (14,940) metros de longitud, a dar a un punto E cortando el río Cáchira en el punto C. Este lindero debe amoldarse al límite entre los Departamentos de Santander del Norte y Magdalena, cuando se deslinden en forma definitiva los dos Departamentos, en la forma indicada más adelante.

6º Del punto E se sigue una línea recta al occidente, de cuatro mil setenta (4,070) metros de longitud, a dar a un punto F sobre la orilla sur-occidental del río Lebrija.

7º Del punto F se continúa por la orilla occidental y sur del río Lebrija, aguas abajo, hasta el punto A, punto de partida. La recta que une F y A tiene una longitud de treinta y tres mil seiscientos ochenta (33,680) metros y rumbo de norte cuarenta grados treinta minutos al occidente (N. 40º-30' W.)

Para efectos de precisar los terrenos de esta propuesta hasta donde es posible, se excluyen de ella los terrenos que, de acuerdo con los datos de los mapas preparados por la oficina de longitudes, pertenecen al Departamento de Santander del Norte, y cuyos linderos sobre el mapa presentado, se dan a continuación con la advertencia de que son terrenos en disputa entre los mencionados Departamentos.

8º De este lote de terrenos se excluye el terreno que pertenece al Departamento de Santander del Norte y cuyos linderos son: a) del punto C, situado sobre la orilla norte del río Cáchira a cinco mil setecientos cuarenta (5,740) metros al norte del punto E, se sigue por el río Cáchira, aguas abajo, hasta un punto H en el sitio llamado la Estación. La recta que une G y H tiene una longitud de doce mil ochocientos sesenta (12,860) metros y rumbo de norte treinta y cuatro grados veinte minutos al occidente (N. 340º-20' W.) Del punto H, en la Estación, se continúa por el lindero del Departamento de Santander del Norte, hacia el oriente, hasta encontrar la recta que une los puntos D y E, en un punto I. La recta que une H e I tiene una longitud aproximada de siete mil ochocientos metros y rumbo de sur sesenta y ocho grados al oriente aproximadamente (S. 68º E.) Del punto I se sigue a lo largo de la recta D-E con dirección sur a dar al punto C (esta distancia mide en el mapa siete mil setecientos treinta metros).

9º Se deja constancia de que el punto I no se puede localizar con precisión hasta que no se haga el deslinde entre los Departamentos de Santander del Norte y Magdalena.

El Ministro dispuso agregar este memorial al expediente y pasarlo nuevamente a la Sección Técnica para que se "haga la confrontación con los duplicados presentados y se informe si con los nuevos planos y con las aclaraciones y modificaciones que contiene este memorial, se han corregido las deficiencias de orden técnico anotadas sobre los documentos que inicialmente se presentaron con la propuesta". Una vez rendidos los informes pedidos y examinados los distintos conceptos de las dependencias del Departamento de Petróleos, el Ministerio dictó la Resolución de fecha 3 de junio de 1937 por medio de la cual aceptó la propuesta presentada por el doctor Carlos Arturo Torres Pinzón como apoderado del "Sindicato de Inversiones, S. A." y dispuso el cumplimiento de todos los requisitos que señalan los artículos 5º de la Ley 160 de 1936 y 72 del Decreto 1270 de 1931 y demás disposiciones pertinentes. (Cuaderno número 1, folios 45 vuelta a 47).

Esos requisitos se cumplieron y dentro del término legal se formularon las siguientes oposiciones:

1ª La del señor Juan Ortiz Garay y otros en memorial de fecha 24 de julio de 1937. "2ª La de la señora Victoria Peralta de Ibáñez, por medio de su apoderado, doctor Antonio José Pantoja, en memorial de fecha 16 de agosto de 1937.

3ª La de la Sociedad Richmond Petroleum Company of Colombia, por medio de su apoderado doctor Pedro María Carreño, en fecha 17 de agosto de 1937.

El Ministro dispuso pasar esas oposiciones al Departamento de Petróleos para informar sobre el fundamento de ellas y una vez recibidas y estudiados esos informes dictó la resolución de fecha 22 de julio de 1938 en que resolvió no admitir las oposiciones de Juan Ortiz Garay y Victoria Peralta de Ibáñez, y admitir la de la Richmond Petroleum Company of Colombia, y, consecuencialmente, ordenar la suspensión de la tramitación de la propuesta del "Sindicato de Inversiones, S. A." y enviar el expediente a esta Sala para los efectos legales, por las razones aducidas en lo tocante a cada una de esas oposiciones. En lo referente a la oposición del señor Juan Ortiz Garay anotó que como dicho señor no era abogado inscrito no podía admitírsele la oposición como apoderado de los herederos de Samuel Gómez Pradilla y Dolores Vargas, a nombre de los cuales se presentó, y al efecto, dijo: "debiendo anotarse, además, que si bien es cierto que el señor Ortiz Garay sustituyó el poder al doctor Mauricio Mackenzie, abogado inscrito, éste no ratificó en oportunidad la oposición hecha por aquél a nombre ajeno."

Contra esta resolución interpusieron recurso de reposición el apoderado de Juan Ortiz Garay, doctor Mackenzie, el apoderado de la señora Victoria Peralta de Ibáñez, doctor Antonio José Pantoja, y el apoderado del "Sindicato de Inversiones, S. A.", doctor Torres Pinzón.

El Ministerio en auto de fecha 6 de septiembre de 1938 decidió los reclamos y al efecto resolvió reformar su resolución anterior en el sentido de admitir la oposición del señor Ortiz Garay y la de la señora Peralta de Ibáñez y confirmar la aceptación de la Richmond Petroleum Company of Colombia, y ordenar nuevamente el envío de las oposiciones con todos sus antecedentes a esta Sala (cuaderno número 2).

Llegado el expediente a esta Sala, a solicitud de las partes, se concedió término probatorio, se practicaron las pruebas solicitadas y se recibieron los alegatos que tuvieron a bien presentar y agotada como está esta tramitación se procede a dictar el fallo correspondiente.

Atribución de la Corte — Sala de Negocios Generales — en este asunto

Conforme al artículo 26 de la ley 37 de 1931 en los términos en que está vigente de acuerdo con el artículo 5º de la ley 160 de 1936, en los casos de propuestas de contratos para la exploración y explotación de petróleos que se consideren de propiedad nacional, las oposiciones que a esas propuestas se formulen en cuanto a la propiedad del petróleo ante el Ministerio respectivo y aceptadas por éste, pasarán junto con sus antecedentes a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que esta entidad en juicio breve y sumario decida "si es o no fundada la oposición". Y según el mismo artículo si el fallo de la Corte fuere favorable al proponente le queda al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial, y el mismo derecho le queda al presunto dueño del terreno que no hiciere la oposición dentro de los términos señalados en dicho artículo, pero en uno y otro caso el opositor o presunto dueño no podrán intentar demanda ordinaria después de dos años, contados desde la fecha del fallo para el primero, y para el segundo, desde el día en que venció el plazo que señala este artículo para presentar oposición".

Como se ve el fallo de la Corte en esta materia deja abierto el camino a las partes que no se conformen con él para hacer valer sus derechos con toda amplitud en juicio ordinario.

SEGUNDA PARTE

Oposiciones

Como las tres oposiciones han sido presentadas separadamente por cuanto cada uno de los opositores considera que el globo de terreno materia del contrato sobre exploración y explotación del petróleo que contiene, según se dice, le pertenece, la Sala entra a estudiarlas en la misma forma sobre la base de las pruebas aducidas por cada uno de esos opositores.

Oposición de Juan Ortiz Garay

Este opositor formuló su oposición ante el Ministerio de Industrias y Trabajo —hoy de la Economía Nacional — en memorial fechado en Bucaramanga el 12 de julio de 1937, presentado al Ministerio el 24 de dicho mes. En ese escrito dice lo siguiente: "En el Diario Oficial del 9 de junio del presente año (número 23499), aparece publicada (4 de julio) la propuesta presentada por el doctor Carlos Arturo Torres Pinzón como apoderado especial del "Sindicato de Inversiones, S. A." para la exploración y explotación de los petróleos de propiedad nacional que se encuentren en un globo de terrenos baldíos ubicados en jurisdicción de los municipios de Ríonegro (Santander), de Agua Chica y Río de Oro (Magdalena). Los terrenos cuya cesión se pide no son baldíos: son de propiedad particular; — pero — por esta razón presento respetuosamente a S. S. mi oposición legal".

Más adelante dice: "Hablo en nombre de la sucesión Gómez Vargas; es decir, del señor Samuel Gómez Pradilla y de su consorte, señora Dolores Vargas y en mi propio nombre, como cesionario de la mitad de los terrenos habidos por compra hecha por dicho señor Gómez Pradilla a Juan de Dios Vargas Parra según consta en escritura pública número 168 de fecha 14 de abril de 1873 cuya copia acompaño. Acompaño igualmente las relativas a mi personería y la cesión de que hablo, hechos jurídicos cuya constancia se encuentra en esos documentos que son: escritura número 525 de mayo 14 de 1918, Notaría 1ª de esta ciudad; escritura número 841 de febrero 11 de 1920, Notaría de Suaita; escritura número 817 de julio 13 de 1921, Notaría 1ª de esta ciudad; escritura número 439 de agosto 27 de 1920, Notaría 2ª de esta ciudad".

Después de hacer algunas consideraciones, expresa lo siguiente: "Mi oposición es contra el denuncio que hace el Sindicato de Inversiones para que se le adjudiquen cuarenta y cinco mil novecientas cinco (45,905) hectáreas. Los linderos de nuestros terrenos son los siguientes, de conformidad con la mencionada escritura 168 de 1873 y con las escrituras de ventas hechas a los señores Manuel Márquez y J. Manuel Núñez en 1877 y 1880 por conducto de los apoderados del señor Samuel Gómez P., señores Antonio María Peralta y Francisco Vargas Cobo y de conformidad con la escritura de venta hecha por el señor Samuel Gómez Pradilla al señor Paul C. Lorent en agosto de 1880".

En la primera parte de esta sentencia en que se sintetiza lo relacionado con la actuación del Ministerio sobre la propuesta de contrato hecha por el "Sindicato de Inversiones, S. A." y con las tres oposiciones que se formularon, se anotó, en lo referente a la presentada por el señor Juan Ortiz Garay, que el Ministerio, en su primera resolución de fecha 22 de julio de 1938, rechazó esa oposición. Para ello se basó en estos hechos principales:

1º En "que Ortiz Garay por no ser abogado inscrito no podía hablar como apoderado de los herederos de Samuel Gómez Padilla y Dolores Vargas y por lo mismo no podía formular oposición a nombre de ellos y que aunque había sustituído el respectivo poder al doctor Mauricio Mackenzie, abogado inscrito, éste no había ratificado la oposición hecha por aquél a nombre ajeno".

2º Que ni siquiera la oposición de Ortiz Garay podía admitirse como formulada a nombre propio, pues de los términos pertinentes del memorial de oposición apare-

ce que lo que se alega en su apoyo es el carácter de propiedad particular de los terrenos solicitados en el contrato de exploración y explotación de petróleo, no la propiedad del petróleo que puede haber en esos terrenos", y

3ª Que "aunque es verdad que en el curso siguiente de la oposición se habla de distintos títulos anteriores al año de 1873 de donde se estima proviene la propiedad de los terrenos alegados como de dominio privado, no es menos cierto que esta simple relación de títulos, que ni siquiera se han presentado, no puede inducir a considerar que la oposición se ha fundado en la propiedad del petróleo, ante la manifestación expresa y terminante de que lo que se alega es la propiedad particular de los terrenos materia de la concesión solicitada. Ni sobra llamar la atención acerca de que apenas se ha presentado una escritura anterior al 28 de octubre de 1873".

Se anotó también que en virtud de la solicitud de reposición que hizo el doctor Mackenzie, el Ministro reformó la anterior resolución en el sentido de admitir la oposición de Ortiz Garay. Para acceder a aquella reposición adujo el Ministerio, como fundamentos principales, éstos:

1º Que aunque el doctor Mackenzie, ni siquiera había contradicho el hecho de que Ortiz Garay no podía gestionar como apoderado, sí había aducido el argumento de que él (Ortiz Garay) hablando como condueño, había invocado en el fondo como fundamento de su oposición la propiedad privada del petróleo, si bien no con fórmulas sacramentales!

2º Que teniendo en cuenta "que en el memorial de oposición se indica que los títulos del terreno sobre el cual aquélla versa fueron sometidos al estudio de varios abogados, con el fin de celebrar un contrato de opción con una Compañía de Petróleo, y que allí mismo se expresa que tales terrenos salieron del dominio del Estado en el año de 1707, surge la duda de si en realidad el señor Ortiz Garay quiso fundamentar su oposición en la propiedad del terreno o en la propiedad del petróleo, y

3º "Que debiendo siempre ir el negocio a la Corte Suprema de Justicia por virtud de la oposición de la Richmond Petroleum Company of Colombia, no se ocasiona ningún perjuicio a nadie con admitir la oposición del señor Ortiz Garay".

De acuerdo con la ley, la atribución de admitir o no las oposiciones que se formulan contra las propuestas de contratos, corresponde al Ministerio, y como quiera que éste, no obstante ser ciertos los hechos que adujo en su primera resolución para no admitir la oposición de Juan Ortiz Garay, repuso aquella resolución en el sentido de admitirla, fundado en los argumentos que se han transcrito arriba, debe esta Sala entrar a resolver, de acuerdo con la atribución legal que también tiene, si esa oposición "es o no fundada", y a ello se procede mediante las siguientes consideraciones.

Según resulta del memorial de oposición, el señor Ortiz Garay se funda para hacerla, en nombre propio, en la calidad de "cesionario que dice tener de la mitad de los terrenos habidos por compra hecha por el señor Samuel Gómez Pradilla a Juan de Dios Vargas Parra, por escritura número 168 de 14 de abril de 1873".

Para comprobar esa calidad de cesionario presentó copia de la escritura número 439 de 27 de agosto de 1920 otorgada en Bucaramanga. Lo que en esa escritura consta es lo siguiente: Que Belisario, Jorge, Elisa y Ana Mercedes Gómez Vargas y María Gómez de Rincón, declaran "que ceden y transfieren a los señores Juan Ortiz Garay y Felipe Cordero F. la mitad del derecho y acción hereditaria que a cada uno de los cedentes corresponda y tienen en la sucesión y en cuanto queda aún por intervenir y adjudicar del finado señor Samuel Gómez Pradilla, y en toda la sucesión de la señora Dolores Vargas, padres legítimos de los cinco primeros otorgantes y cuyas sucesiones deferidas antes del año de 1890, están sin liquidar parcialmente la del marido y en su totalidad la de la mujer: derechos que los tra-

dentes han adquirido por derecho propio o por cabeza, como descendientes inmediatos y legítimos de ambos causantes de las herencias en cuestión".

Como se ve, la citada escritura no constituye base legal para admitir la afirmación que hace Ortiz Garay, de haber adquirido, por medio de ella, la mitad de los terrenos a que él se refiere. Basta observar que en ella no se hace transferencia de derechos sobre parte alguna de aquel inmueble, ni de ningún otro, sino que simplemente se le cede la mitad del derecho de herencia que los cedentes consideran tener en la sucesión ilíquida de Samuel Gómez Pradilla (en lo que falta por liquidar), y en la sucesión ilíquida de la señora Dolores Vargas, con el carácter de descendientes de ellos. Y no sólo eso, sino que la cesión de aquella mitad se la hacen a él y al señor Felipe Cordero F. Y siendo todo esto así, mal puede Ortiz Garay, hablar en nombre propio invocando la calidad de propietario de la mitad, ni de parte alguna de los mencionados terrenos y menos la de propietario de los petrólcos.

Por otra parte, no obra en el expediente la prueba del título que los cedentes tengan de herederos de Samuel Gómez Pradilla y Dolores Vargas, pues ni siquiera se ha traído la prueba del carácter de descendientes de aquéllos que invocan para hacer la cesión.

De manera, pues, que aun reconociendo que la oposición fue admitida por el Ministerio como formulada por Ortiz Garay, en nombre propio y como apoderado de los herederos, siempre queda en pie el hecho anotado de no existir la prueba de tal carácter.

Es cierto que el juicio breve y sumario que se sigue ante la Corte, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 37 de 1931 en armonía con el 5º de la Ley 160 de 1936, tiene por objeto esencial que ella decida si la oposición que se ha formulado contra la propuesta de contrato, "en cuanto a la propiedad del petróleo", es o no fundada; pero no lo es menos que, legal y lógicamente, para decidir sobre esto, tiene la Corte que examinar si las pruebas invocadas por el opositor para fundamentar su oposición, efectivamente la fundamentan de acuerdo con la ley. Y demasiado obvio es que, para entrar a estudiar tales pruebas, se necesita establecer, en primer término, si ellas obran en el proceso.

Pues bien: ya queda establecido atrás que no obra en autos la prueba de que el opositor, señor Ortiz Garay, en cuanto habla en nombre propio, tenga el título que invoca de ser cesionario de la mitad de los terrenos a que se refiere la escritura 168 de 14 de abril de 1873 otorgada por Juan de Dios Vargas Parra a favor de Samuel Gómez Pradilla, pues como se ha visto, la copia de la escritura número 139 de 27 de agosto de 1920 que aduce para comprobar tal título, no constituye esa prueba.

Igualmente queda anotado —y ello es cierto— que tampoco se encuentra en el expediente la prueba de que los cedentes y poderdantes de Ortiz Garay tengan la calidad de sucesores de Samuel Gómez Pradilla y Dolores Vargas, como sus descendientes legítimos, en los derechos que éstos hubieran adquirido de acuerdo con la precitada escritura 168 de 1873, pues ellos mismos (los cedentes), reconocen que ambas sucesiones están ilíquidas (en parte la del padre y totalmente la de la madre); y, como se ha dicho, ni siquiera se ha producido la prueba del carácter de descendientes legítimos que invocan.

Ahora bien: aunque las anteriores consideraciones son suficientes para no reconocer que es fundada esta oposición, la Sala, para abundar más y por deferencia con el distinguido apoderado del opositor, entra a expresar otras.

Ante el Ministerio presentó el señor Ortiz Garay, en apoyo de la oposición, además de la escritura de cesión, copia de la ya citada número 168 de 14 de abril de 1873. En esta escritura aparece que Juan de Dios Vargas Parra "da en venta real y enajenación perpetua al señor Samuel Gómez, un globo de tierra ubicado en el sitio del Río del Pescado, jurisdicción de los Distritos de Río Negro y Ocaña, pertenecientes al Estado de Santan-

der y al Distrito de los Angeles, pertenecientes al Estado del Magdalena y demarcado bajo los siguientes linderos (aquí se hace la descripción de los linderos). Dijo el vendedor: "que el globo de tierra lo hubo por herencia de su esposa Escolástica Rincón y por compra que hizo a los herederos del finado Antonio José del Rincón como consta de escrituras otorgadas en Varichara en 1940 y 1843 y en Bucaramanga en 1853".

Ante todo procede destacar que esas escrituras, citadas como títulos de adquisición por parte del vendedor Vargas Parra, no fueron presentadas por el opositor ante el Ministerio, ni se han traído a los autos, no obstante que en este juicio hubo término probatorio. De modo que si por tal razón se toma como punto de partida la sola escritura 168 de 1873, para saber si los terrenos, materia de la venta en ella consignada, se encuentran en el caso contemplado por el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, la conclusión tiene que ser negativa, pues el requisito primordial que ese artículo señala para reconocer que son de propiedad privada los petróleos, no es que ellos se encuentren en terrenos que hubieran sido simplemente materia de transferencias entre particulares, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sino que se encuentren en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad a esa fecha, y obvio es que la citada escritura no comprueba tal requisito por sí sola.

Tan fundado es el anterior concepto, que el apoderado de los opositores, en su alegato, insinuó la conveniencia de dictar auto para mejor proveer "con el objeto —dice— de que se traigan a este expediente los documentos y diligencias que he dejado enunciados en los tres parágrafos que anteceden", es decir (anota la Sala), los documentos cuya falta se deja apuntada.

Y conviene expresar aquí que la Sala no ha considerado procedente ese auto para mejor proveer con el fin indicado por el doctor Mackenzie; porque ello habría implicado, como lo observa en su alegato el señor Procurador Delegado, no aportar luz sobre puntos oscuros, sino llevar al juicio pruebas que debió producir y no adujo el opositor; y la facultad que la ley concede para dictar esa clase de autos no se extiende hasta ese extremo.

Ya se anotó que en la citada escritura de 14 de abril de 1873 el vendedor señaló entre los títulos de adquisición del terreno, materia de la venta, las compras que, según dijo, había hecho a los herederos del finado Antonio José del Rincón; pero sin expresar los nombres de los herederos que le vendieron, ni los números de las escrituras de compra, y ni siquiera las fechas precisas del otorgamiento de aquellas escrituras.

De modo que aun en el caso de que la Sala, para decidir sobre esta oposición, legalmente pudiera conexionar esa escritura de 1873 con las escrituras que con otros documentos obran en los cuadernos de prueba aducidas por la Richmond Petroleum Company of Colombia en apoyo de su oposición, entre las cuales escrituras se hallan algunas en que figura Juan de Dios Vargas Parra comprándole a unos herederos de Antonio José del Rincón, no podría hacerlo; porque conforme a aquellos documentos los herederos de Rincón fueron muchos y ya queda dicho que en esa escritura de 1873 no expresó el vendedor los nombres de los herederos a quienes dice haberles comprado. Y tanto menos podría establecer tal conexión, cuanto que en las escrituras de venta que en septiembre de 1856 y octubre de 1857 le hizo Juan de Dios Vargas Parra a Ulpiano de Valenzuela y Pedro José Diegues, respectivamente, señaló como títulos de adquisición las compras que había hecho a Evangelista, Fermín y Timoteo Rincón, herederos de Antonio José Rincón; y, precisamente, son esas escrituras de compras hechas por Juan de Dios Vargas Parra las que figuran entre los referidos documentos presentados por la Richmond Petroleum Company of Colombia.

Considerada ahora la cuestión desde otro punto de vista, se observa lo siguiente:

En memorial de oposición presentado ante el Ministerio por el señor Juan Ortiz Garay, dice que la venta hecha por los señores Valenzuela a la Richmond Petroleum Company of Colombia comprende parte de los terrenos pertenecientes a sus poderdantes y a él, afirmación que reiteradamente aduce, como resulta de estos acápites de dicho memorial: "No será una disgresión impertinente llevar a conocimiento de S. S. que los señores Valenzuela (los mismos que arrendaron al Colombia Sindicato), vendieron a la Richmoud of Colombia, en el mes de febrero pasado, parte de los terrenos nuestros. Con motivo de la venta hecha por los señores Valenzuela a la Richmond of Colombia dirigí al señor Clay T. Yerby por conducto del señor doctor Pedro M. Carreño, abogado consultor de la Richmond, una exposición en la que se demuestra que los señores Valenzuela han vendido una gran extensión de terrenos nuestros, que lindan con la pequeña extensión de los terrenos que ellos tienen al sur de La Tigra".

No entra, ni puede entrar la Sala, a decidir sobre la afirmación del señor Ortiz Garay. Cuestión es esa que pude discutir con la nombrada compañía en otra oportunidad. Simplemente se anota el hecho para efectos de apreciar los argumentos que hace en apoyo de su oposición.

Con el mismo fin se anota este otro hecho: En la escritura número 525 de fecha 14 de mayo de 1918, que obra en autos, presentada por el señor Ortiz Garay, consta esto: "que Alejandro Rincón G., en representación de su esposa la señora María Gómez de Rincón, Elisa, Ana Mercedes, Belisario Gómez Vargas, Jorge Vargas y Marco Aurelio Pradilla, dijeron que confieren por medio de la presente escritura poder general al señor Juan Ortiz Garay G. para lo siguiente: Primero. Para que promueva ante las autoridades judiciales y administrativas de la República las acciones necesarias y convenientes para obtener el reconocimiento del dominio, la posesión, entrega y adjudicación en favor de los mismos y para la herencia del finado señor Samuel Gómez de un globo de terreno ubicado en el sitio del Río del Pescado, en Río Negro y Ocaña, perteneciente al antiguo Estado de Santander y al Distrito de los Angeles en el del Magdalena demarcado por los siguientes linderos (se describen los linderos). Este globo de tierra pertenece en dominio a los exponentes por haberlo adquirido por herencia del finado señor Samuel Gómez, ya citado, quien lo hubo a su vez por compra hecha al señor Juan de Dios Vargas Parra, conforme a la escritura número ciento sesenta y ocho de fecha catorce de abril de mil ochocientos setenta y tres del protocolo del Circuito de Bucaramanga".

Como se ve, los propios individuos que se consideran propietarios del globo de terreno a que se refiere la escritura 168 de 1873 como herederos de Samuel Gómez Pradilla reconocen que ese globo de terreno no se encuentra en poder de ellos, ni en el de la sucesión, pues conforme a la parte del poder, arriba transcrita, apoderaron al señor Ortiz Garay para obtener el reconocimiento del dominio, posesión y entrega de ese globo de terreno en favor de ellos y para la herencia de Samuel Gómez; y ni siquiera consta en autos que eso se hubiera efectuado.

Véase, pues, que ni aún en el caso de que estuviera comprobada la calidad de herederos que invocan, podría reconocerse el hecho principal alegado por el señor Ortiz Garay como fundamento de la oposición.

Oposición de Victoria Peralta de Ibáñez

Esta oposición fue formulada ante el Ministerio con fecha 15 de agosto de 1937 por el doctor Antonio José Pantoja, como apoderado de la señora Victoria Peralta de Ibáñez. En el respectivo memorial dice el doctor Pantoja: "obrando en el presente caso en ejercicio del poder especial que me ha conferido la señora Victoria Peralta, viuda de Ibáñez, quien a su vez procede en nombre de la sucesión ilíquida del señor Pedro Peralta Mantilla

en la cual tiene interés como heredera, formulo ante usted oposición a la propuesta de contrato presentada a ese Ministerio por el señor doctor Carlos Arturo Torres Pinzón, en representación de la sociedad denominada "Sindicato de Inversiones, S. A.", para explorar y explotar petróleos en un globo de terreno que el proponente ha considerado baldíos situado en jurisdicción de los Municipios de Río Negro (Santander), Agua Chica y Río de Oro (Magdalena), con una extensión de cuarenta y siete mil novecientas cinco (47,905) hectáress, de las cuales el proponente ha excluído dos mil (2,000)". Transcribe en seguida los linderos del terreno y dice: "Esta oposición encuentra apoyo franco en que el proponente ha solicitado o propuesto al Gobierno Nacional la celebración de un contrato de concesión para explorar y explotar petróleos en los terrenos anteriormente delimitados considerándolos como terrenos baldíos, y tal globo de tierras es parte integrante de un mayor globo cuya propiedad pertenece exclusivamente a la sucesión ilíquida del señor Pedro Peralta Mantilla, en la cual como he dicho antes, es heredera mi mandante, y que se comprenden dentro de los siguientes linderos". Transcribe esos linderos y luégo agrega: "Ante la propuesta presentada por el señor doctor Torres Pinzón en la cual se afirma que el globo de tierra materia del contrato solicitado es baldío, y siendo éste parte integrante del lote cuya propiedad corresponde a la sucesión ilíquida de Pedro Peralta Mantilla, me bastaría para infirmarla demostrar que la superficie del terreno por cuanto hace parte del globo en que tiene interés mi mandante, perdió su carácter originario de baldíos, y esta demostración encuentra confirmación plena en el certificado de libertad, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Bucaramanga, el cual comprende un período de cincuenta y seis años, o sea un tiempo mayor del determinado por la Ley 200 de 1936, para que los respectivos títulos acrediten dominio sobre la respectiva extensión territorial en lo tocante a la superficie". Relata el contenido del mencionado certificado y agrega: "Con esta demostración de la propiedad privada o particular sobre la superficie del terreno materia de la propuesta de contrato a que me contraigo, por cuanto ella hace parte del lote de terreno que pertenece a la sucesión ilíquida de Pedro Peralta Mantilla, queda desmayada aquella propuesta por cuanto ella se dirige a obtener un contrato de concesión para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional que se encuentren en un globo de terrenos baldíos, hecho que infirmo en lo que respecta a la superficie de tales terrenos con los títulos de propiedad particular de los mismos, y el certificado de libertad que exige la ley en estos casos". Hace después una serie de consideraciones y termina así: "Fundo esta oposición en las disposiciones pertinentes de las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 regulativas de las exploraciones y explotaciones del petróleo".

Esta oposición como la de Juan Ortiz Garay, fue rechazada por el Ministerio en su primera resolución. Para ello se fundó en que la oposición aparecía presentada con apoyo en la propiedad particular del terreno, y no en la propiedad del petróleo. Y al efecto, después de trascribir las partes pertinentes del respectivo memorial dijo: "Como se ve, pues, esta oposición no se ha presentado sino con apoyo en la propiedad particular del terreno. Pero siendo así que la ley no permite en estos casos sino discutir la propiedad del petróleo (artículo 5º, inciso 4º de la ley 160 de 1936), porque existe en general diferencia entre esta propiedad y la del terreno correspondiente, no es admisible la oposición de que se trata, sin que sobre advertir, por otra parte, que en la propuesta del "Sindicato de Inversiones, S. A." se afirmó que el petróleo de la concesión solicitada es de propiedad nacional".

Posteriormente, en vista de la solicitud de reposición que presentó el doctor Pantoja, el Ministerio consideró aquella pro-

videncia y admitió la oposición, para lo cual argumentó así: "En la solicitud de reconsideración del doctor Pantoja como apoderado de la señora Victoria Peralta de Ibáñez se alega también que, si bien en el memorial de 16 de agosto de 1937 se manifestó, en algunos de sus apartes, que la oposición se apoyaba en que el terreno de la propuesta no era baldío sino parte integrante de otro de propiedad particular de su mandante, no es menos cierto que así mismo se dijo, al final, que dicha oposición tenía su fundamento "en las disposiciones pertinentes de las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936", de donde se podía colegir que por este aspecto lo que se quiso fue controvertir la propiedad del petróleo, ya que el artículo 5º, inciso 4º de la ley 160 de 1936 sólo contempla las oposiciones que se refieren a la propiedad privada del subsuelo petrolífero. No obstante que la argumentación del doctor Pantoja resulta un poco forzada, el Ministerio, en su afán de ser amplio y por las mismas razones aducidas en el caso del doctor Mackenzie, estima que bien se puede admitir su oposición".

Como la oposición fue admitida, según queda visto, y en memorial presentado por el doctor Pantoja, ante esta Sala, ha expresado las razones que estima suficientes para que se declare fundada, se debe decidir sobre eso, y para ello se hacen las siguientes consideraciones:

Sobre la base de los hechos y alegaciones contenidas en los memoriales que obran en autos, los fundamentos de la oposición de que se trata, son éstos: que la señora Victoria Peralta de Ibáñez, es heredera de Pedro Peralta mantilla y que los terrenos sobre que versa la propuesta de exploración y explotación de petróleo, del "Sindicato de Inversiones, S. A.", no son baldíos sino que hacen parte de un globo de mayor extensión que pertenece a la sucesión ilíquida de dicho Pedro Mantilla Peralta".

En cuanto a lo primero, se observa que no obra en el expediente ningún testamento en que aparezca la oposicionista señora Victoria Peralta de Ibáñez instituída heredera de Peralta Mantilla, ni providencia en que se le haya reconocido tal carácter; pero sí obran, presentados por el doctor Pantoja, ante el Ministerio, los siguientes documentos:

a) Partida eclesiástica y de matrimonio del doctor Pedro Peralta y María del Carmen Mantilla celebrado en Piedecuesta el 24 de diciembre de 1850;

b) Partida de bautismo expedida por el Cura Párroco de Las Nieves de la ciudad de Pamplona en que se dice que en 5 de agosto de 1874 se bautizó a Pedro Justo, hijo legítimo de Pedro Peralta Rodríguez y Carmen Mantilla, y

c) Partida expedida por el mismo Cura Párroco de Pamplona en que se dice que el 5 de enero de 1876 fue bautizada Victoria Vicenta de la Concepción, hija legítima de Pedro Peralta y Carmen Mantilla.

Respecto a lo segundo los únicos documentos que se han presentado son los siguientes: copia de la escritura número 22 de fecha 10 de febrero de 1881, otorgada en Piedecuesta; copia de la escritura número 315 de fecha 23 de mayo de 1891 otorgada en Bucaramanga y un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bucaramanga con fecha 6 de agosto de 1937.

Examen de títulos

En la citada escritura número 22 de 10 de febrero de 1881 aparece el señor Felipe Badillo Jaimes vendiéndole un terreno al señor Pedro Elías Mantilla. Dice así: "que da en venta real y enajenación perpetua al señor Pedro Elías Mantilla, como socio de la compañía comercial "Mantilla y Hermano" establecida en Bucaramanga pues compra para ella, un terreno situado en los Distritos de Cáchira y Río Negro, de los Departamentos de Ocaña y Soto alinderados así: "Después de describir los linderos del terreno, hace las declaraciones sobre precio, pago, etc.: pero no dice cómo ni cuándo adquirió el terreno, materia de la venta. En relación con el comprador apenas consta esto: "el

comprador Pedro Elías Mantilla expuso que cumplirá por su parte las obligaciones que este contrato le produce".

La otra escritura 315 se refiere a la protocolización de las diligencias de división y partición de bienes en las sucesiones de los señores Pedro Elías y Pedro Vicente Mantilla enviadas al Notario por el señor Juez Primero del Circuito Judicial de Bucaramanga. En esas diligencias aparece que se adjudicaron a Pedro Peralta Mantilla los bienes inventariados en aquellas sucesiones: y procede anotar aquí que entre esos bienes no figuran los terrenos materia de la compra venta a que se refiere la otra escritura número 22.

En el certificado del Registrador expresa ese funcionario entre otras cosas lo siguiente: "que por escritura número 176 de 23 de marzo de 1882 Miguel Santiago Peralta como apoderado de Concepción Orbegozo de Mantilla y a nombre de esta señora, madre y única ascendiente legítima de Pedro Vicente y Pedro Elías Mantilla, fallecidas sin dejar sucesión, vendió a Carmen Mantilla de Peralta, viuda, el derecho de herencia que a su poderdante Orbegozo de Mantilla le correspondía en todos los bienes, derechos y acciones de cualesquiera especie que fueran pertenecientes o que pudieran pertenecer a los expresados Pedro Vicente y Pedro Elías Mantilla". "Que por escritura 255 de 26 de abril de 1882, Concepción Orbegozo de Mantilla ratificó la venta que su apoderado general Miguel Santiago Peralta le hizo a Carmen Mantilla de Peralta". "Que por escritura 230 de 27 de abril de 1883 Carmen Mantilla de Peralta vendió a Pedro Peralta Mantilla todos los derechos y acciones a la herencia de los finados Pedro Vicente y Pedro Elías Mantilla, sin reserva alguna, los mismos que había comprado a Concepción Orbegozo de Mantilla". "Que las sucesiones de Pedro Elías Mantilla y Pedro Vicente Mantilla fueron liquidadas conjuntamente entre el Juzgado Primero de este Circuito (Bucaramanga) y en el respectivo juicio aparece reconocido como único interesado Pedro Peralta Mantilla en su calidad de cesionario de Carmen Mantilla de Peralta, quien a su vez lo fue de la única heredera universal Concepción Orbegozo de Mantilla y con tal carácter le fue hecha a Pedro Peralta Mantilla la adjudicación de los bienes inventariados, entre los cuales no figura el terreno situado en los distritos de Cáchira y Río Negro y cuyo dominio correspondía a los causantes como únicos socios de la compañía "Mantilla Hermanos". (La Sala subraya). Y "que el registro del título escriturario número 22 de 10 de febrero de 1881 (escritura de venta de Felipe Badillo Jaimes a Pedro Elías Mantilla, anota la Sala) no ha sido cancelado por medio alguno de los indicados en el artículo 789 del C. C."

Si se considera que la simple relación de títulos que hace el Registrador de Instrumentos Públicos, no constituye, legalmente, la prueba de las varias transferencias del dominio sobre el globo de terreno que en febrero de 1881 vendió Felipe Badilla Jaimes a Pedro Elías Mantilla, se ve claro que no existe la prueba completa de que ese derecho de propiedad se encuentre en el haber de la sucesión de Pedro Peralta Mantilla, pues, como se ha expresado, las únicas escrituras cuyas copias obran en el expediente, son la número 22 de 1881 y la 315 de 23 de mayo de 1891, tanto menos cuanto que en esta última escritura lo que consta es la protocolización de las diligencias de partición efectuadas en las sucesiones de Pedro Elías y Pedro Vicente Mantilla, conforme a las cuales, se le adjudicaron a Pedro Peralta Mantilla los bienes inventariados en dichas sucesiones; pero sin figurar entre ellos los mencionados terrenos. Y si a esto se agrega, que el propio Registrador certifica que el registro de la escritura número 22 de 10 de febrero de 1881 (compra de Pedro Elías Mantilla para la sociedad "Mantilla Hermanos") no ha sido cancelado, la fuerza de aquel concepto sube de punto.

Pero aun aceptando que el derecho de dominio sobre aquellos terrenos forma parte del haber de la sucesión ilíquida de Pedro Peralta Mantilla, no por ello resul-

taría fundada la oposición que se estudia, pues bastaría considerar que se trata de un título de adquisición posterior, en varios años, al 28 de octubre de 1873; y bien sabido es que conforme al artículo 10 de la Ley 160 de 1936 no se consideran como de propiedad privada, sino "los petróleos que se encuentren en terrenos que salieron del patrimonio nacional con anterioridad a aquella fecha". Con razón tanto mayor cuanto que — ya se anotó — en el citado título ni siquiera se dice, cómo ni cuándo adquirió el vendedor los terrenos materia de la venta.

Y aquí es pertinente transcribir lo que dice el apoderado de la señora Victoria Peralta de Ibáñez, en el memorial de oposición, después de negar que los petróleos, materia de la propuesta — como lo afirma el proponente — se encuentran en un globo de terrenos baldíos. Dice así: "Cuestión muy diferente en el presente caso, y que sobra en mi sentir ante los términos de la propuesta de contrato aludida, es la de demostrar el propietario o particular en el juicio que ha de surtirse ante la Corte Suprema de Justicia, la propiedad del subsuelo del terreno, mediante la presentación de pruebas determinadas por la ley. Tales pruebas, si tal hecho fuere preciso demostrarlo, en este juicio, me reservo presentarlas en la oportunidad del caso ante la Honorable Corte, o si esa demostración pudiere hacerla mi mandante y conviniere a sus intereses legítimos". (La Sala subraya).

Como se ve, la propia opositora hizo la indicación de lo que debía comprobar ante la Corte, o sea la propiedad de los petróleos; pero lo cierto es que no ha comprobado eso, y, por lo mismo, su oposición no puede declararse fundada.

Tanto en el memorial de oposición, como en el alegato presentado en este juicio, el apoderado de la opositora hace hincapié en que el globo de terreno a que se refiere, perdió el carácter de baldío y que eso resulta del certificado de libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, que comprende un período de cincuenta y seis años, "tiempo mayor del determinado por la ley 200 de 1936 para que los respectivos títulos acrediten dominio sobre la respectiva extensión territorial, en lo tocante a la superficie".

Ya se vió que el período de tiempo a que se refiere el certificado solamente se extiende hasta 1881 y se ha visto también que el título de propiedad que se ha presentado es la escritura número 22 de 10 de febrero de 1881.

De modo que aun en el caso de que esos documentos comprobaran la propiedad, como cree el señor apoderado, sería sólo la propiedad de la superficie, como él mismo lo reconoce; y este juicio no versa sobre la propiedad del suelo, sino sobre la propiedad del petróleo, como tántas veces se ha dicho.

Oposición de la Richmond Petroleum Company of Colombia

La oposición de esta compañía fue presentada ante el Ministerio de Industrias y Trabajo, hoy de la Economía Nacional, el 16 de agosto de 1937 por el apoderado de la compañía doctor Pedro María Carreño.

En el respectivo escrito, dijo lo siguiente: "Obrando en nombre y representación de dicha Sociedad, formulo respetuosamente ante ese Ministerio, en conformidad con el artículo 26 aparte segundo de la ley 37 de 1931 tal como quedó modificado por el artículo 5º de la ley 160 de 1936 sobre petróleos, oposición formal de la antedicha Sociedad al contrato de exploración y explotación de petróleos que se encuentran en un globo de terreno situado en jurisdicción de los municipios de Río negro (Santander), Agua Chica (Magdalena) y Río de Oro (Magdalena), contrato propuesto por el doctor Carlos Arturo Torres Pinzón, en su carácter de apoderado especial de la Sociedad denominada "Sindicato de Inversiones, S. A."

Transcribe en seguida los linderos del globo de terreno, materia de la propuesta, y luégo dice: "El lote a que se refiere la aludida propuesta del "Sindicato de Inversiones, S. A.", no es globo de terrenos

baldíos y es actualmente de propiedad particular de la Richmond Petroleum Company of Colombia, en cuyo nombre me opongo, a esa propuesta, sociedad que la adquirió con legal y justo título y con mayor extensión de terrenos incluyendo en éstos el suelo y el subsuelo con el petróleo y demás hidrocarburos que en ellos se encuentren o existan, mediante la escritura número 82 de 12 de enero de 1937 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá. Este título, con todos los demás desde el emanado del Estado hasta hoy se acompaña al presente memorial de oposición".

Después de hacer una larga serie de consideraciones sobre los distintos títulos, dice: "En vista de estos antecedentes y de todas las demás pruebas y títulos auténticos que forman aquella documentación y que adelante enumero detalladamente, debo declarar en este punto, que formulo la presente oposición no sólo en cuanto al suelo y el subsuelo de los terrenos mencionados sino también en cuanto a la propiedad del petróleo y demás hidrocarburos contenidos en ellos".

Hace en seguida la enumeración pormenorizada de los referidos títulos y luégo dice: "La relación de documentos que acabo de expresar indica a la vez los hechos fundamentales de esta oposición, de los cuales se infiere que los terrenos en cuestión salieron del patrimonio nacional desde la época de la Colonia; que dichos terrenos no volvieron a ingresar a ese patrimonio; que el Estado se desprendió de ellos con anterioridad de más de ciento sesenta años al 28 de octubre de 1873; que cuando actuó, después en dos ocasiones en relación con los terrenos fue para declarar que éstos no eran baldíos sino de propiedad particular; que los títulos presentados forman una cadena que, no obstante el largo transcurso de más de dos siglos hasta hoy, se ha desarrollado sin interrupción y con una tradición inequívoca que viene a radicar en la actualidad el dominio y posesión de los terrenos en manos de la Compañía opositora, segregando naturalmente de la primitiva extensión cubierta por las mercedes reales algunas partes cuya enajenación a terceros consta en los mismos títulos; que se ha sostenido una posesión continua no sólo mediante actos de tradición legal, sino también con operaciones y actividades positivas de explotación agrícola, etcétera. Son fundamentos de derecho de esta oposición las siguientes disposiciones: el artículo 4º de la ley 37 de 1931 "del Petróleo". El artículo 26 de la misma ley modificado por el artículo 5º de la ley 160 de 1936 y el artículo 10 y demás pertinentes de esta ley. La Real Cédula expedida en San Ildefonso el 2 de agosto de 1780. Los artículos 669, 762 y demás pertinentes del Código Civil y el artículo 93 de la ley 130 de 1913. El artículo 879 del Código Fiscal de 1873. En vista de todo lo expuesto, pido respetuosamente a S. S. que se suspenda la tramitación de la propuesta del Sindicato de Inversiones, S. A. de que se trata y que en la forma y vía legal declare fundada la presente oposición".

Como se ve el apoderado de la compañía opositora, doctor Pedro María Carreño, sí planteó en términos concretos, claros y nítidos la oposición ante el Ministerio, y, consecuencialmente, en la misma forma está planteada la cuestión que le corresponde decidir a esta Sala, cuestión que, se ha dicho, conforme al artículo 26 de la ley 37 de 1931 en la forma en que está vigente, según el artículo 5º de la ley 160 de 1936, no es otra que la de decidir si es o no fundada la oposición; y a ello procede, mediante las siguientes consideraciones:

Como según se ha visto el doctor Carreño determina los hechos fundamentales de la oposición, entra la Sala a analizarlos, sobre la base de las pruebas presentadas.

Que los terrenos en cuestión salieron del patrimonio nacional desde la época de la Colonia y no volvieron a ingresar a ese patrimonio.

Sobre este punto, resulta lo siguiente: a principios del año 1707 el señor Miguel Jerónimo González como apoderado

del señor Juan Marrufo Negrón se dirigió al Presidente- Gobernador y Capitán General del Reino pidiéndole que le hiciera a su poderdante merced de unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la "Quebrada de la Mona" jurisdicción de la ciudad de Pamplona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena por encontrarse dicha tierra despoblada, baldía y heriaza.

El Presidente libró "mandamiento de diligencias", las cuales se practicaron por el comisionado señor Sebastián Jaimes Calderón durante el mes de mayo de dicho año 1707, diligencias consistentes en averiguar la ubicación de las tierras, avalúo, etcétera, etcétera.

Practicadas esas diligencias y abonada por el peticionario la suma que se fijó como monto de las tierras en diciembre de 1707 el nombrado Presidente decretó la merced de dichas tierras a favor del señor Marrufo Negrón por los límites y linderos señalados en la petición y ordenó darle posesión de ellas. Para llevar a cabo la posesión se comisionó en definitiva al señor Egirio Jaime facultándolo para dársela a Marrufo Negrón o representado por apoderado, y al efecto el 22 de junio de 1708 el comisionado, previa las formalidades entonces requeridas, le dio la posesión al apoderado de Marrufo Negrón. Los señores Diego Galán, Mateo y Lucas Esteban presentaron escrito impugnando la posesión, y el comisionado dispuso agregar el memorial al expediente y devolverlo al funcionario comitente haciéndoles saber a los opositores que debían ocurrir ante él a hacer valer su derecho. Como habían transcurrido más de dos años sin que ninguno de los opositores nombrados ni ningún otro se hubiera presentado a hacer reclamo, el apoderado de Marrufo en 1710 se dirigió al Oidor y Alcalde de Corte de la Real Audiencia del Consejo de su Majestad, Juez Privativo de Tierras, pidiéndole que por cuanto habían transcurrido más de dos años sin que los contradictores se hubieran presentado a hacer reclamo debía confirmar la posesión que se le había dado desde 1708, y, al efecto, dicho funcionario en providencia de noviembre de 1710 confirmó la merced hecha a Marrufo Negrón y ordenó que se le amparara en la posesión de dichas tierras por los linderos ya mencionados y librar el despacho respectivo y así se hizo.

Así las cosas, en 1714 Marrufo Negrón por medio de apoderado solicitó al Juez Privativo de Tierras amparo de posesión contra Diego Galán, quien continuaba ocupando parte de las tierras comprendidas en la merced y este funcionario accedió al lanzamiento de Galán, el cual se llevó a cabo. Posteriormente, en el año 1722, mes de abril, se le dio otra vez posesión de las tierras comprendidas en la merced al señor Marrufo Negrón.

Los documentos referentes a los hechos que quedan consignados, obran a folios 3 a 16 del legajo primero de las pruebas presentadas por el doctor Carreño, se transcriben los siguientes:

"Señor Presidente Governador y Capitán General de este Reino Miguel Gerónimo Gonzalez en Nombre del Governador Dn. Juan Marrufo Negrón vecino desta ciudad y en virtud de su Poder que presento con las solemnidad necesaria ante V ssª parezco como mejor aya lugar en dro y Digo que el dho mi parte es persona benemerita y se alla con obligaciones y necesidad para ayuda de su sustento y el de su familia el que V señoría se sirva de acerle mrd de unas tierras y dos Cavallerias en ellas en el sitio que llaman la quebrada de la mona jurisdicción de la Ciudad de Pamplona corriendo río avajo de Cachirí asta dar en el rio de la Magdalena respecto a que dha tierra esta despoblada Baldía y Eriaza siempre desde la conquista del Reino y Poblandola mi parte se sigue utilidad al vien publico en cuya conformidad se ha de servir V señoría de mandar se despache Mandamiento de Diligencias en la forma hordinaria cometido a cualquier Justicia de dha ciudad o persona que por mi parte fuere requerida. mediante lo qual a Vsª pido y suplico q' haviendo por Presentado dho Poder se sirva de mandar acer como en esta se

contiene por ser justicia que pido y en ello recevira my parte vien y mrd con justicia y juro lo necesario, &.—Miguel Geronimo Gonzales.—(F. 3, legajo Nº 1)—"Auttos y Visttos...—Mediante lo qual Libre el presentte y por el en Nombre de Rey ntro Señor y en virtud de la faculttad que suya ttengo ago merser a vos el Governador Dn. Juan Marrufo y Negron de las ttierras y esttancias conttenidas en vtro pedimento incluzo en attencion averse echo las Diligencias que asi mismo ban incluzas devajo de los limittez y linderos que señalais y en ellas se expresan para que las ttengais poseais y cultibeis como cosa vra propia la qual dha merced sea y se entienda sin perjuisio del Patrimonio Real y de ottro ttrcero q' mejor derecho a ellas tenga y conque las pobleis y no las vendais sin mi licencia y conque acudais a composición quando se tratare de ella y en esta conformidad Hordeno y mando a ttodas y cualesquier Justicia de la ciudad de Pamplona y jurisdicción donde caen las dhas ttierras os den y agan dar posecion de ellas y en ellas os amparen y defiendan y no consienttan seais desposeido de dhas ttierras sin primero ser oido y vencido conforme a dro. Pena de doscientos pesos de buen oro para la Camara de su Mgd. fho en la ciudad de Santa fe a doce de Diciembre de mill settesientos y siette años.—Dn. Diego de Cordoba Lazo de la Vega Por mandado de su señoria Ezteban Gallo escribano Real y teniente de la Camara". (F. 6 v., legajo número 1). "En el sitio de la quebrada de la mona y sittio de Vaga Loma terminos y jurisdizion de la Ciudad de Pamplona en veintte y dos dias del mes de Junio de mill settecienttos y ocho años yo dho sittio en compañia del Governador Dn. Juan Marrufo y Negron para efectos de darle la Posesion de las tierras conttenidas en estte Real ttitulo y en presensia de los ttestigos que me acompañaron le mande a dho Apoderado la ttomase quien en su conformidad aranco diferenttes mattas quebró palos y se Revoco en dhas ttierras y amojono con Piedras sus linderos por lo que ttoca a la frentte de dhas ttierras comensando el primero desde dha Quebrada de la Mona arriva con Declarazn. Que no se ttendio cabuya y se ejecutto lo referido devajo de los Linderos pedidos por dho Governador y dados por el Señor General de la Artilleria Dn Diego de Cordova Lazo de la Vega del Concejo de su Magesttad su Presidentte Gover. y Capittan General de estte Nuebo Reino de Granada y el dho Apoderado en Nombre de su partte Dijo que accpttaba dha Posesion y como cosa suya avida y adquirida con justto ttitulo la Defenderia de ttodas Insttancias y a su cumplimientto obligava y obligo los vienes y renttas de dho su partte y no firmo por que dijo no saver firmelo yo dho juez con los ttestigos que se allaron presenttes a dha Posezion que lo fueron los que ban firmados Egidio Jaimez Calderon—Laurian de Orttega—Diego Cardona". (F. 8, legajo número 1). "Auttos y Visttos apruevase y confirmase la mrd echa al Governador Dn Juan Marrufo Negron vesino de estta ciudad por el Govierno Superior de estte Reino de las ttierras y esttancias que llaman la quebrada de la Mona de la Jurisdizion de la Ciudad de Pamplona corriendo Rio avajo de Cachiri hastta dar en el grande de la Magdalena por constar echas las Diligencias conbenienttes y esttar pagado su Magesttad del interes Equibalentte y Recaer la mrd en persona benemerita y Digna de Gratificazion y en su consecuencia curra el mandamientto de Posesion en virttud del Tittulo que se le Despache en dose de Diciembre de mill setesienttos y siette años sin embargo de la conttradizion echa por Josep Esttevan Galan consorttes al ttiempo q' se le dio al dho Gover. Dn Juan Marrufo que fue el dia veinte y dos de junio de mill settesienttos y ocho años q' se declara no aver lugar en quantto a estte juicio por aver mas ttiempo de dos años en que pudieron haver ocurrido a estte Juzgado a dedusir su dho el qual se les reserva en quantto al juicio de propiedad y Librese Despacho en fuerza de estte autto asi lo proveyo mando y firmo el Señor Licenciado Dn Visentte de Aramburu Cavallero del

Horden de Samttiago de el concejo de este Reino oidor y Alcalde de Corthe de la Real Audiencia de estte Reino y Juez Privattivo de ttierras de estte Reino en virttud de Reales cedulas de Santta fe a ttres de Noviembre de mill setesienttos y dies.—Dn Vicentte de Aramburu.—Antte mi Dn Augusttin de la Peñuela Carvajal Resepttor.—Mediante lo qual libre el presentte y por el en Nombre del Rey nuestro Señor y en virtud de la facultad que suya ttengo Confirmo y apruebo la mrd echa al Gover. Dn Juan Marrufo y Negron por el Goviemo Superior de estte Reino de las ttieras y Esttancias de la quebrada de la Mona en la jurisdizion de la ciudad de Pamplona segun los linderos contteniclos en la dha Mrd por consttar esttar echas las Diligencias nesesarias y aver pagado a su Magesttad su importte y recaer dha Mrd en persona benemeritta y en su virttud mando corra el mandamientto de Posesion que se le libro sin embargo de la conttradision ocha por Josep Esttevan Galan y demas consorttes que declaro no aver lugar por no aver ocurrido los susodhos a usar de su dho a estte Juzgado reservandoles estte en quanto al juicio de propiedad y Hordeno y mando attodos y qualesquier Justticias de aquel Distbritto que siendo requeridos por lartte de el do Governador Dn Juan Marrufo y Negron Le amparen en la Posesion de dhas ttierras y no consienttan sea Desposeido sin primero ser oido y vencido y asi lo cumplan dhas Justticias sin acer cosa en conttrario Pena de cien pesos para la Camara de su Magesttad y Gastos de el Real Consejo de por mittad so la qual mando que no aviendo Escribano lo Nottifiquen qualquier persona q' sepa ler y ezcrivir con ttestigos fho en Santta fee a seis de Noviembre de mill settesienttos y diez años Dn Vicente de Aramburu.—Por su mdo. Dn Augusttin de la Peñuela Carvajal Resepttor".—(F. 9 v. a 10 legajo número 1). "En el sitio de Bagaloma en veinte y seis de Abril de mill settesienttos y veintte y dos años yo Dn Josep de Nela Pattiño—familiar del Santto oficio Alcalde mayor de los Reales de minas de las vettas y Demaz de su Jurisdizion por su Magesttad en virtud de lo mandado di Pozesion a Egidio Jaimes de las ttierras q' consttan de los dhos auttos y en señal de dha Posesion aranco yervas mudo piedras y demaz seremonias acosttumbradas La qual Posesión fue en nombre de el Governador Dn Juan Marrufo y Negron en virttud del Poder Presenttado sivil Leal y Velquasi segun dro y para ello citte a Pablo Duran y a Lauran de Orttega vesino mas sercano y lo firme y firmo el dho Egidio Jaimez con tgos por no aver Escribano.—Dn Josep de la Nela Pattiño—Jgo Francisco Anttonio Idalgo Ladron de Guevara—Igo Joseph de Cuevas—Egidio Josep Jaimes". (F. 16, legajo N° 1).

En 1735 Margarita Marrufo, vendió a Juan Ignacio Salgado e Isidro Vásquez Santos Gil, como heredera única de Juan Marrufo Negrón, las tierras comprendidas en la Merced hecha a su padre, por escritura otorgada en la ciudad de Santa Fe el 14 de agosto de dicho año. (F. 16 v. y 17 del legajo número 1). En 1742 el señor Francisco Garzón Melgarejo en nombre de Francisco de los Ríos Redondo, vecino de la ciudad de Pamplona, se dirigió al Juez Privativo de Tierras pidiéndole que le hiciera a su poderdante merced de unas tierras realengas en términos del Valle de Cácota de Suratá y jurisdicción de Pamplona que llaman Cachirí. Ese memorial dice lo siguiente:

"S. Juez privativo de tierras—Franco Garzón Melgarejo. Procr. de esta Rl. Auda. en nombre de dn Franco de los Rios Redondo vesino de la ciudad de Pampna y en virtud de su poder qe represento solemnemente parezco ante V. S. como mas aya lugar en derecho y digo: que mi pte a costa de grandisimo trabajo ha descubierto unas tierras Realengas en términos de el Valle de Cúcuta de Surata y jurisdicsn. de Pampna que llaman Cachirí, las que pr tener mi pte creside familia nocesita, y pr. ser hijo mi pte de conquistadores de aquellas ptes. y aver obtenido los empleos de Repca. en que ha servido a su Magd. supco pr. dho mi pte

en esta atensu. se sirva hacerle merd. de las referidas tierras pr. ser rrealengas y no averlas descubierto otro qe. mi pte. con el inconveniente de no tener veredas y asi no tener esta merd. perjuicio, ni de naturales, ni otro tercero que está pronto mi pte. a contribuir con lo que pr. ello se le ordenare con declarasn. que dhas tierras de que assi pido mrd. se contienen y tienen pr. linderos, la pte donde se junta la quebrada de Cachirí con el rrio del Pescado: dhas juntas, y rrio del pescado arriba, pr. uno y otro lado asta dar a dos serros qe. estan frente uno de otro qe. llaman el uno serro de Santiago, el otro del manzano en cuia atens. pido se me aga la rreferida mrd. y se le libre a mi pte. titulo en forma pa. tomar posesn. mede. lo ql. A. V. S. pido y supco assi se sirva de otorgar como pido con justicia. Franco Garzon Melgarejo"—(F. 1, legajo número 1).

En providencia de fecha 27 de abril de dicho año, 1742, el Juez admitió la solicitud y admitió que se hiciera "vista de ojos" de las tierras que en este escrito se expresan y que se hiciera al propio tiempo avalúo de esas tierras. (F. número 1 del cit. legajo). El señor Andrés González Quirós, Alguacil Mayor del Cabildo y Alcalde Ordinario de la Ciudad de Pamplona, comisionado al efecto en el mes de julio del citado año, llevó a cabo las diligencias, previo aviso dado al señor Isidro Vásquez Santos Gil recibiendo declaraciones a varios testigos sobre la ubicación de las tierras, calidad de ellas, etcétera. Designó a dos peritos para medirlas y éstos llegaron a la conclusión de ser moralmente imposible medir dichas tierras por ser según lo expresaron "muy agrestes, montuosas y quebradas". El comisionado acogió este concepto y dispuso que los peritos hicieran una regulación por cálculo de la cabida, y los peritos rindieron sus informes indicando como cabida doce estancias de ganado mayor. En seguida hizo avaluar las referidas estancias y ordenó los pregones sobre la base del avalúo hecho por los peritos. Efectuado todo esto dispuso enviar y envió al Juez comitente el despacho con las diligencias practicadas, inclusive un memorial presentado por el señor Vásquez Gil impugnando las pretensiones de Ríos Redondo por considerar que las tierras solicitadas por él estaban totalmente comprendidas dentro de las que se le habían adjudicado a Marrufo Negrón. (F. 21 v. a 30 v. del leg. Nº 1).

Ante el Juez Privativo de Tierras, Petronila Subieta como viuda de Juan Ignacio Salgado, e Isidro Vásquez, reiteraron su oposición a la adjudicación de las tierras solicitadas por el señor Ríos Redondo, y a su vez, el apoderado de éste pidió que se llevara a cabo la adjudicación y, como consecuencia, el Juez Privativo de Tierras dictó la providencia de fecha 24 de octubre de 1742, mediante la cual hizo merced a Juan de los Ríos Redondo, de diez de las doce estancias y reconoció derecho a dos estancias a los señores José Naranjo y Cristóbal Vallejo. Esa providencia dice así:

"Árias—Vistos. — Decláranse por realengas las doce estancias que constan reguladas por los Peritos que nombro Dn. Andrés Gonzales y Quiros, en cuya atención y a lo que resulta de las dilixencias, preseliendo el que la parte de Dn. Franco de los Ríos Redondo exsivas en reales cajas cien patacones cantidad correspondiente a dies estansias segun el Abaluo se les hase mersed de ellas de que se le Despachara Titulo cumpliendo con las exsivision; sin perjuicio de Naturales ni de otro tersero que mejor derecho tenga y rrespecto a Joseph Naranjo y Xptobal Ballejo Descubrieron cultibaron y desmontaron el camino y tierra donde se hallan onse años a en posesion desde luego su señoría les admite y admitio a moderada composicion de dos estansias que se regulan en dies y seis patacones los que exsivieron de por mitad en estas reales cajas a cuyo favor constando por certificado de oficiales reales el entero se les despachara igualmente Titulo, con lo que se les releba del grabamen del arrendamiento ni de benir tal ves a desamparar las Posesiones en que se hallan y que a

costa de su travajo descubrieron, y por lo que mira a la pretension de Doña Petronila Subieta y de Isidro Basques se les notifique usen del derecho que pretenden en el superior govierno—Alvares—Proyo el Sor Lizdo Dn. Manuel Bernardo Alvares fiscal de su Magd. en la Rl. Auda. de este Reino y juez general privativo de tierras sus ventas y composiciones en Sta. fee a beinte y cuatro de Octubre de mil stesos quarenta y dos. (F. 31, leg. número 1).

De ahí en adelante siguió un largo litigio de réplicas y contrarréplicas entre Ríos Redondo y los causahabientes de Marrufo Negrón, que fue decidido en providencia de 16 de noviembre de 1742, que dice así:

"Vistos. — Librase despacho para que presediendo deslinde y medida de las dos caballerías de tierra que consta de la merced hecha a dn. Jun. Marrufo en dose de diziembre del año pasado de setezientos y siete; la merzed hecha a dn. Miguel franco. de los Ríos Redondo se entienda en sobras y se comete al Juez mas ynmediato a dhas tierras y en caso de qe. sea recusado se acompañara a costa de la parte resusante—Proveiose pr. los Sres. Virrei Presdte. y oides. de la Auda. Rl. de su Magd. Dn. Silvestre García de Quesada Dn. Andres Berdugo y oquendo y Dr. Joaqn. de Arostegui y ercoto oides. en Sta. fee a dies y sieis de nove. de mill stess. quarenta y dos." (F. 34 v., leg. número 1).

Como el apoderado de Ríos Redondo no se conformó con la providencia anterior, pidió revocatoria, y a su turno los causahabientes de Marrufo se opusieron a ello. De un lado Ríos Redondo ofreció abonar cien patacones más para que se le mantuviera la adjudicación de las estancias que primitivamente se le hizo, y no en "Sobras", y a su vez los causahabientes de Marrufo habían ofrecido dar los cien patacones para que no se accediese a lo solicitado por Ríos Redondo. Al cabo, la Real Audiencia dictó la providencia de fecha 22 de diciembre de 1742, confirmando el auto dictado el 16 de noviembre anterior, es decir, el que dispuso que la merced hecha a Ríos Redondo se entendiera en "Sobras", providencia que dice así:

"Vistos.—Confirmase el auto provehido en diez y seis de Noviembre de el presente año y en lo demas pasen los autos al Sr. Juez General Pribativo de tierras—Provse pr. los Sres. Virrey Preste, y oides. de la Auda. real de su magd. Lizdos. Dn. Silbestre Garsia de quesada Dn. Andres Berdugo y oquendo Dr. Dn. Joaclin de Arostegui y escoto oides. en Sta. fee a beinte y dos de Dizc. de mill stetestos. quarenta y dos años." (F. 40 leg. número 1).

En desarrollo de aquella providencia, el Juez Privativo de Tierras dictó la de fecha 8 de enero de 1743, disponiendo que Ríos Redondo consignara en las reales cajas los cien patacones más y que le despachara el título de "Sobras". Dice así:

"Vistos en atension a que Dn. Miguel de los Ríos Redondo descubrio las tierras que estaban baldias, y deberse practicar la distribusion de ellas con equidad para qie comodamente puedan altibarse y oviar el que por una corta cantidad como la de cincuenta patacones se obligue a los pobres a pagar arrendamiento por darse a una a una persona tan dilatadas tierras las que regularmente sirben para estar incultas e ynfructiferas, y solo ocasionarse pleitos y q. de haver derecho de tanto en este caso sería perjudicada la Rl. Hasienda por p. ninguno denunsiara, para haser costos descubriendolas, y q. a otro se le consediere, en su virtud se declara no dever tener lugar el Dro de tanto pedido por Isidro Basques y dña. Petronila Subieta en cuya conformidad exsiviendose por dho Rios en dhas Caxs. la cantidad que adelante se guarde en auto proveido en veinte y quatro de octubre de el año proximo pasado despachandose el titulo q. en el se previene en sobras de las dos caballerias contenidas en la merzed hecha a dn. Juan Marrufo Negron con calidad de traer conformizion—Albarez—Provls. el sr. Dn. Manuel Bernardo Albarez fiscal de su mgd. y juez Gral. Pribativo de

tierras en sta fee a ocho de Enero de mil settesos quarenta y tres a—(F. 40 Leg. No. 1).

De ese auto pidió Isidro Vásquez, revocatoria, la cual le fue negada en providencia del mismo mes, que dice así:

"No a lugar cumplase lo provehido en el auto de ocho de el corriente por ser pribatibo de este juzgado la conseion que se pretende y baversele denegado a esta parte el Dro de tanto por los inconbenientes que se tuvieron presentes—Probeyose por el Sr. Lizdo. dn. Manuel Berndo. Albares fiscal de su Magd. juez General Pribatibo de tierras y sus composisiones en sta. fee a dies y seis de Heno. de mil stezos qta. y tres a—". (F. 40 v. No. 1).

En vista de esto, los mismos reclamantes presentaron nuevo memorial solicitando que se declarara que la merced hecha a Marrufo Negrón eran en tierras útiles y que los gastos que se ocasionaran para medirlas y separarlas de las "Sobras" que debían corresponder a Ríos Redondo, debían ser de cargo de ambas partes y, al efecto, manifestaron que presentaban el mapa de los terrenos comprendidos en la petición de Marrufo. De ese mapa se le dio traslado al apoderado de Ríos Redondo, quien manifestó que los cien patacones más que había ofrecido abonar fue sobre la base de que se mantuviera la merced que a Rios Redondo se le había hecho en la providencia de 24 de octubre de 1742, y expresamente agregó: "que mi Animo no es pronunciación el derecho de 'sobras' que se le ha concedido sino sólo que se declare que quedando en sobras no deve adelantar los sien pts que ofrecio, pues este no fue el animo de mi pte ni lo que ofrece sino solo en caso de confirmarse llanamente el auto de la Merd. que se le hizo a mi parte en veinte y quatro de Octe. que en este caso y no otro estoi pronto a enterar los sien pts. y siempre sin Renuncia del derecho de sobras lo que V. A. se servirá proseic pa. la declaza". (La Sala subraya).

Los memoriales de ambas partes, junto con sus antecedentes, pasaron al Juez Privativo de tierras, quien dictó providencia con fecha 18 de febrero de 1743. La providencia dice así:

"Arias.—Vistos estos autos con todo lo dedusido por las partes, en atension a la bariedad que se experimenta, en lo representado por el Apoderado de Don Miguel francisco de los Rios Redondo, opuestas a la declarasion del Superior Govierno; para ebitar dilasiones, y el perjuicio que de ellas resulta a la real hasienda, se le notifique que dentro de segundo día entere en reales cajas, los sien patacones mas qie resultan de Augmentto por las sobras de las dos caballerias de qie se le hiso merced a Don Juan Marrufo Negron respecto a que la mersed de estas profiere en virtud de lo determinado por dho Superior Govierno, y en esta virtud, constando la exibision de toda la cantidad que es la de dosientos y dos pattacones se cumpla lo mandado en auto de ocho de henero de estte año; y si pasado, dentro de este termino no lo ejecutare, se le debolbera ña cantidad que exibio, y eso menos tendra que enterar Isidro Basques Santtos Gil, y Doña Petronila Subicta, a quienes se les despachara titulo por todas las sobras que hubiere en la tierra contenida bajo de los linderos que constan en estos autos—entendiendose que lo exivido por dicho Redondo se le ha de devolber por esttas parttes quienes enterando siento y dos pattacones con los sien que se hallan enterados se completa lo ofrecido y sesa la dilasion—albarez—Proveiolo el Sr. lizdo. Dn. Manuel Bernardo Albares de el consejo de su Magd. fiscal en la Real Auda. de este Reino y juez Genl. privatibo de tierras sus ventas y composisiones del en sta. fee a dies y ocho de febo de mil) setes quarenta y tres años". (F. 42 v. a 43 del leg. número 1).

Ante esta conminación el señor Francisco de Vergara, en nombre de Ríos Redondo, entregó los cien patacones más. (F. 43 ib.).

El apoderado de Petronila de Subieta, e Isidro Vásquez Santos Gil, pidieron a la Real Audiencia que dispusiera que el costo del deslinde para determinar las so-

bras fuera de cargo de ambas partes, y así se ordenó en providencia de fecha 3 de marzo de 1743, de la cual pidió revocatoria el apoderado de Ríos Redondo, y le fue negada. Tales providencias dicen así:

"Vistos.—Declárase que el deslindo y medidas de las dos caballerias de tierras deben costearse de por mitad para que se verifiquen las sobras y que las dhas dos caballerias vajo de los linderos expresados en la merzed que se hizo a Dn. Jun. Marrufo Negron, deve entenderse en tierras utiles, y en caso de haverlas o que no alcansen en las ynutiles sin salir de los límites y linderos contenidos en la expresada merzed y en caso de que haya pobladas algunas personas se les sitara para el deslindo y medida, y sin despojarlas de la posesion el juez oira a las partes en justizia; comctese al más zercano, y en caso de ser recusado se acompañara conforme a Dro—Provciose pa. los Sres. Virrei Presdte y oydores de la Auda. Rl. de su Magd. Lizdo. Dn. Silvestre Garcia de quesada Dn. Andres Berdugo y oquendo Dr. Dn. Joaquin de Arostegui y escoto oides. en sta. fee a nueve de Marzo de mil stess. quarenta y tres a—" "No ha lugar ña suplica guardese lo provenido—Provcese pr. los Sres. Virrey y Presdte. y oidores de la Auda. Rl. de su Magd. Dn. Silvestre Garcia de quesada Dn. Andres Berdugo y oquedo Dr. Dn. Joaqn. de Arostegui y escoto oides. en Sta. fee a onse de Marzo de mill sets. quarenta y tres a—. (Fs. 43 a 44, leg. Nº 1).

De ahí en adelante siguió una actuación referente al deslinde, pues el apoderado de Ríos Redondo, recusó al individuo que iba a hacerlo, y en este estado quedaron las cosas, por lo menos no hay constancia de lo que hubiera ocurrido después; ni la hay tampoco de que las medidas y el deslinde se hubiesen llevado a cabo. Antes bien, hay motivos para suponer que no se realizó eso, pues, como se verá adelante, aparece que los derechos de Petronila de Subieta e Isidro Vásquez Santos Gil —causahabientes de Marrufo Negrón —fueron adquiridos por Ríos Redondo y sus sucesores.

Considera la Sala que los hechos narrados y los documentos transcritos, constituyen bases firmes para llegar lógica y legalmente a la conclusión de que las tierras materia de la merced hecha a Juan Marrufo Negrón en 1707 —por los linderos señalados por él en su petición— y de las Mercedes hechas posteriormente en 1742 y 1743 a Miguel Francisco Ríos Redondo, Xptobal Ballejo y Josep Naranjo, dejaron de ser realengas, es decir, salieron del dominio de la Corona Española y pasaron a ser propiedad privada de los favorecidos con aquellas mercedes, en las proporciones —desde luego— de las respectivas concesiones. Y no le resta fundamento a esta conclusión, el hecho de que la posesión que a Marrufo Negrón se le dio en 1708 hubiera sido impugnada por Diego Galán y otros, pues en los documentos que se han transcrito consta que aquella oposición fue desechada y aprobada la Merced de las tierras y la posesión que de ellas se le había dado, en proveído de fecha..... de 1710, en el cual se ordenó ampararlo en aquella posesión, etc., como así ocurrió en 1714 en que se decretó el lanzamiento de Galán y los demás que se encontraran en dichas tierras, hasta el extremo de ordenarse que "se quemaran los bohíos". Posteriormente, en 1717 a 1722 ocurrió un nuevo amparo, y en este último año se le reiteró la posesión. El funcionario comisionado para ello extendió la correspondiente diligencia.

Y tampoco le resta base a la conclusión, el hecho del litigio habido en 1742 a 1743 entre Miguel Francisco Ríos Redondo y los causahabientes de Marrufo Negrón. Al contrario, bien puede afirmarse que, con motivo de aquel litigio, quedó ratificada la Merced hecha en 1707 a Marrufo Negrón. En efecto: resulta del memorial arriba transcrito, en que el apoderado de Ríos Redondo solicitó para éste la Merced de las tierras determinadas en aquel escrito, adujo como hecho principal, para fundamentar su petición, el ser realen-

gas, baldías y eriazas y haberlas descubierto su poderdante. El encargado de cumplir el "mandamiento de diligencias" que el Juez Privativo de Tierras libró para determinar la ubicación de ellas, medirlas y avaluarlas, recibió declaraciones a varios testigos sobre el particular, y él mismo rindió informe; y fue sobre la base de esas diligencias, como el Juez Privativo de tierras, dictó la providencia de fecha 24 de octubre de 1742 declarando realengas dichas tierras y adjudicando a Ríos Redondo, diez estancias, y dos a los señores Xptobal Ballejo y Joseph Naranjo (los peritos habían fijado, por cálculo, en doce estancias la cabida de las tierras). Pero como quiera que Isidro Vásquez Santos Gil y Petronila Subieta se habían opuesto desde el principio a las pretensiones de Ríos Redondo y formalizaron su oposición ante la Real Audiencia, y presentaron pruebas para demostrar que aquellas tierras hacían parte de las comprendidas en la merced que se le había hecho a Marrufo Negrón, aquella entidad acogió el reclamo y dictó la providencia de 16 de noviembre del mismo año, disponiendo que la merced hecha a Ríos Redondo se entendiera en Sobras y que debía entregar en las Reales cajas los cien patacones más que había ofrecido, providencia que fue confirmada por la de fecha 22 de diciembre de dicho año.

De manera que la controversia habida entre Ríos Redondo y Petronila de Subieta e Isidro Vásquez Santos Gil, lejos de generar dudas sobre que las tierras, materia de la Merced hecha a Marrufo Negrón, comprendidas dentro de los linderos por él señalados en su petición, salieron del dominio de la Corona española, disipó las que habrían podido surgir sin tal controversia, dado el hecho de que las abarcadas por aquellos linderos excedían de dos caballerías y de que, conforme a la providencia por la cual se le hizo definitivamente la merced a Ríos Redondo, aquella merced se concretó al excedente, esto es, a las "sobras", con lo cual quedó claramente establecido que las mercedes hechas abarcaban todas las tierras comprendidas dentro de los linderos señalados en su solicitud por Marrufo Negrón o sea "quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el Río de la Magdalena", y, consiguientemente, que todas esas tierras dejaron de ser realengas y pasaron a ser de los favorecidos con tales mercedes, o sean Marrufo Negrón, Ríos Redondo, Ballejo y Naranjo. Corrobora este concepto, el hecho de que si Ríos Redondo no se hubiera allanado a abonar los cien patacones más, dentro del término perentorio que para ello se le señaló "todas las sobras" habrían correspondido a Isidro Vásquez Santos Gil y a Petronila de Subieta, pues así se expresó en la respectiva providencia. A todo lo cual se agrega, que también se había ordenado que las caballerías de Marrufo Negrón debían ser en tierras útiles y en caso de que no las hubiera, en las demás; pero siempre "dentro de los linderos señalados en su petición".

Y procede destacar aquí, estos dos hechos importantes que constan en los memoriales respectivos: 1º Que la Merced que Marrufo Negrón pidió fue de las tierras comprendidas en los linderos que señaló y dos caballerías en ellas, para lo cual, probablemente, tuvo en consideración, que dentro de aquellos linderos se comprendían tierras entonces útiles y otras no útiles, y tener así derecho a escoger, como lo demuestra el empeño que posteriormente tomó en que se declarara que las caballerías se le señalaran en tierras útiles y en que se le reconociera el derecho de "tanto". Y 2º Que Ríos Redondo no pidió merced de determinado número de estancias, sino de las tierras comprendidas dentro de los linderos que señaló en su petición: y que si la adjudicación que al principio se le hizo fue de diez estancias, se debió a que los peritos a quienes se encargó de medir las tierras, materia de la petición, manifestaron que era imposible moralmente medirlas, y entonces, de acuerdo con el funcionario respectivo, las regularon al cálculo y señalaron doce estancias, de las cuales se le concedieron diez a él y dos a Ballejo y

Naranjo. Pero como se ha visto, esa merced quedó sin efecto, y en su lugar se le reconoció la merced en las sobras de las tierras comprendidas dentro de los linderos de la merced que se le hizo a Marrufo Negrón, y fueron esas sobras las que pasaron a ser de él, con deducción —desde luego— de las dos estancias concedidas a Ballejo y Naranjo.

Valiosos elementos constituyen los dos hechos anteriores para reforzar el concepto de que las cuatro Mercedes que se hicieron, abarcaron todas las tierras comprendidas dentro de los linderos señalados por Marrufo Negrón, en su memorial de petición y, consiguientemente, que todas esas tierras dejaron de ser realengas, salieron del dominio de la Corona.

Si el apoderado de Ríos Redondo insistió tan obstinadamente en que se mantuviese la merced de las estancias que al principio se le hizo a su poderdante, habiendo llegado hasta ofrecer pagar cien patacones más, no se debió a que considerara que "las sobras" no alcanzaran a diez estancias, sino (por lo menos hay base para suponerlo), a la consideración de que aquellas estancias se encontraban dentro de los linderos que había señalado en su petición y eran de tierras entonces útiles y a que así se evitaba la complicada, larga y costosa actuación del deslinde y medidas para determinar las "sobras". Tan fundado es esto, que tan pronto como quedó confirmada la providencia en que la Real Audiencia resolvió que la merced que se le hacía era en "sobras", formuló el reclamo de que se ha hecho mención, encaminado a obtener la exoneración de los cien patacones más, alegando que si los había ofrecido había sido, precisamente, para que la merced quedara como se le había hecho al principio, y que si se le hacía en "sobras" no tenía por qué aumentar los cien patacones; pero agregó, al final de su escrito: "...y siempre sin renuncia del derecho de sobras". Y como el Juez lo conminó a efectuar la entrega, so pena de hacerle adjudicación de las "sobras" a Isidro Vásquez Santos Gil y a Petronila de Subieta, se apresuró a entregar los cien patacones más. Y cabe anotar aquí, que lo que le correspondía pagar a Ríos Redondo por la merced de las estancias que al principio se le hizo, eran los cien patacones que ya tenía entregados; pero como luégo se resolvió que la merced se le hacía en las "sobras", tuvo que abonar los otros cien patacones.

Cédulas reales.

En 1743, como se ha visto, quedó claramente establecido que las caballerías de Marrufo Negrón debían ser en tierras útiles, y en caso de no ser suficientes, en las inútiles; y que la merced de Ríos Redondo debía ser en las "sobras", esto es, en lo que quedara —deducidas aquellas caballerías y las dos estancias concedidas a Ballejo y Naranjo— del globo de terreno comprendido en los límites señalados por Marrufo Negrón, en su solicitud, que fueron los que se tuvieron en cuenta para haberle hecho la merced en 1707, a él y en 1742 y 1743 a Ríos Redondo, Ballejo y Naranjo.

Después de ese año y cuando ya se habían efectuado transferencias de derechos por parte de los causahabientes de Marrufo Negrón, se expidieron varias cédulas Reales, de carácter general; pero conforme a las cuales, las mercedes hechas a Marrufo Negrón, Ríos Redondo, Ballejo y Naranjo, y, consiguientemente, los derechos de sus causahabientes, quedaron reconocidos y amparados, y, puede decirse, curados de cualquier defecto que pudiera atribuírseles como consecuencia de algunas omisiones en que se hubiese incurrido para la concesión de las mercedes.

En efecto: en autos obra copia de la Real Cédula expedida en San Lorenzo El Real, con fecha 15 de octubre de 1754. En ese documento se consignaron varias instrucciones y reglas referentes a las mercedes, ventas y composiciones de realengos hechos hasta entonces y que se hicieron en adelante, precedidas de varias consideraciones que comienzan así: "Habiendo manifestado la experiencia los perjuicios que causa a mis vasallos de los rei-

nos de las Indias la providencia que se dio por Real Cédula de veinticuatro de noviembre de mil setecientos treinta y cinco sobre que los que entrasen en los bienes realengos de aquellos Dominios acudiesen precisamente a mi real persona a impetrar su confirmación en el término que se les asignó bajo la pena de su perdimento si no lo hiciesen, con lo cual muchas personas dejan de aprovecharse de impetrarla por no poder costear el recurso a esta Corte para impetrarla, siendo de poca entidad, o de pequeños sitios, o solo de algunas caballerías que han compuesto o comprado, y los que acuden por ser de mayor consideración sus compras es a gran costa por los testimonios que para ello tienen que presentar, remisión de caudales, nombramiento de agentes y otros gastos indispensables que exceden regularmente en mucha parte al costo principal que ha hecho en la compra o composición de los mismos realengos ante los subdelegados, a que es consiguiente hallarse sin cultura muchos sitios y tierras, que abastecerían con su labor y cría de ganados las provincias inmediatas: y el que otras personas se mantengan en terrenos usurpados por defecto de título sin darles sobre la cultura toda la labor correspondiente por temor de ser denunciados y procesados sobre ellos de que igualmente resulta perjuicio a mi real Hacienda, ann encarecer del producto de sus ventas como del que por consiguiente dimana al común y al estado de la labranza y crianza: he resuelto que en las mercedes, ventas y composiciones de realengos, sitios y baldíos hechas al presente y que se hicieren en adelante se observe y practique precisamente lo contenido en esta instrucción". En catorce numerales se concretaron, con admirable claridad y precisión, las declaraciones, instrucciones y reglas que debían tenerse en cuenta y cumplirse en lo referente a las mercedes, ventas, composiciones, etc., que se hubiesen hecho y se hicieren en lo sucesivo.

Posteriormente, en mayo de 1777, en Aranjuez, se expidió otra cédula, encaminada a obtener el mejor cumplimiento de las instrucciones en la de 1754; y luégo, sobre la base de los datos e informes que suministraron el fiscal de la Real Audiencia, el Juez de Realengos y el Virrey, en cumplimiento de lo ordenado en aquella cédula, se expidió la de fecha 2 de agosto de 1780 en San Ildefonso, cuya copia obra en autos, en la cual se ratificaron y ampliaron algunas de las declaraciones contenidas en la ya citada de 1754 en relación con las tierras que se encontraran en poder de particulares, por merced, compra, etc., como se verá adelante.

El representante de la Nación, señor Procurador Delegado en lo Civil, en el extenso e interesante alegato que presentó impugnando las oposiciones, después de hacer un importante estudio "sobre el régimen de la propiedad y soluciones de la legislación española" transcribiendo disposiciones de las leyes de Indias vigentes entonces, analiza algunas declaraciones contenidas en las citadas Cédulas Reales y formula, en otras conclusiones, las siguientes:

"Demostrado, como está, cuáles eran los principios directivos que informaban la legislación española, el desarrollo del Virreinato y la utilidad de la Cámara Real, se puede afirmar, sin lugar a duda y con cualquier interpretación que se dé a las anteriores citas, que las sobras o excesos, tan discutidos en el presente caso, es decir, las tierras comprendidas dentro de los linderos arcifinios de la merced o composición, **que sobrepasan la extensión concedida por el título, no se adquirían ni aun por prescripción**".

En otra parte de su alegato, y en apoyo de la tesis que sustenta, dice que si la merced que se le hizo a Marrufo Negrón se hubiera extendido a todas las tierras comprendidas dentro de los límites por él en su petición, no se le habría podido hacer a Ríos Redondo merced de tierras incluídas dentro de esos mismos límites, y agrega: "Sin embargo, como aparece claramente en el documento a que me vengo refiriendo, no sólo no se descartó la petición de Redondo sino que por el contra-

rio se le adjudicaron las estancias pedidas y que los opositores a pesar de que la primitiva merced tenía treinta y cinco años de otorgada, no invocaron la prescripción". Transcribe en seguida la parte pertinente de la providencia en que se discute que la merced hecha a Ríos Redondo se entendiera en sobras, y concluye así: De esta decisión se desprende, que el titular de una adjudicación de tierras, por merced, composición o venta durante el régimen español, solamente adquiría la propiedad sobre el área adjudicada, por superficie de acuerdo con el número de caballerías o estancias otorgadas en el título de adjudicación".

Sobre estos puntos observa la Sala:

Como se ha dicho, Marrufo Negrón solicitó la merced de tierras por los límites señalados en su memorial de petición, y ésta se le hizo sobre la base de aquellos límites y sobre esa misma base se le dio posesión. Es verdad que las mercedes que posteriormente, en 1742 y 1743 se le hicieron a Ríos Redondo, Ballejo y Naranjo, después del litigio que hubo entre éstos y Marrufo Negrón, fueron de tierras comprendidas dentro de los referidos límites señalados por Marrufo, pero estos hechos lejos de generar las conclusiones a que llega el señor Procurador Delegado, generan conclusiones contrarias, precisamente, fundadas en sus propias afirmaciones, pues las mercedes que se le hicieron a Ballejo y Naranjo (dos estancias) y Ríos Redondo (de las sobras), abarcaron el excedente de lo adjudicado a Marrufo Negrón, dentro de los límites por él señalados.

Lo que en verdad ocurre, a juicio de la Sala, es que el señor Procurador Delegado argumenta sobre la base de que la adjudicación que se le hizo a Ríos Redondo, no comprendió todo el excedente "o sobras" que quedaban de las tierras incluídas en los límites señalados por Marrufo Negrón, deducidas las mercedes hechas a él y Ballejo Naranjo. Pero, en las partes anteriores de este fallo, se ha estudiado este punto y demostrado que de acuerdo con las varias providencias dictadas en el litigio habido entre los causahabientes de Marrufo Negrón y Ríos Redondo, la merced que a éste se le hizo comprendió todo aquel excedente o "sobras", es decir, que todas las tierras incluídas en los límites señalados por Marrufo Negrón, en su solicitud, y a base de los cuales se le dio posesión, pasaron al dominio de los favorecidos con las mercedes, o sean Marrufo Negrón, Ríos Redondo, Naranjo y Ballejo.

Por medio de la ya citada cédula de 1754 se suprimió el requisito de la aprobación por el Rey de las adjudicaciones que se hicieran de tierras realengas, requisito que se exigía de acuerdo con la cédula de 24 de noviembre de 1753. Entre las declaraciones e instrucciones contenidas en dicha cédula de 1754, figura, bajo el numeral 5º, la siguiente: "Que los poseedores de tierras, vendidas o compuestas, por los respectivos subdelegados desde el citado año de mil y setecientos, hasta el presente, no pueden tampoco ser molestados, inquietados, ni denunciados, ahora ni en tiempo alguno, constando tenerlas confirmadas por mi real persona, o por los Vírreyes y Presidentes de las Audiencias de los respectivos distritos, en el tiempo en que usaron de esta facultad; pero los que las poseyeren sin esta precisa calidad deberán acudir a impetrar la confirmación de ellas, ante las audiencias de su distrito y demás ministros a quienes se comete esta facultad, por esta nueva instrucción, los cuales, en vista de el proceso, que se hubiere formado, por los subdelegados en orden a la medida y avalúo de las tales tierras y del título que se les hubiere despachado, examinarán si la venta o composición está hecha sin fraude, ni colución, y en precios proporcionales, equitativos, con vista y audiencia de los fiscales para que con atención a todo, y constando haber enterado en cajas reales el precio de la venta o composición y derecho de media Anata respectivo, y haciendo de nuevo aquel servicio pecuniario, que parezca correspondiente, les despachen en mi real nombre la confirmación de sus títulos,

con los cuales quedará legitimado, en la posesión y dominio de tales tierras, aguas, o baldíos, sin poder en tiempo alguno, ser sobre ello inquietados los poseedores ni sus sucesores, universales ni particulares".

Como se ve, conforme a esa disposición quedaron reconocidas y confirmadas las transferencias de las tierras materia de las mercedes que se hicieron a Marrufo, Ríos Redondo, Ballejo y Naranjo, tanto más cuanto que aquellas mercedes fueron aprobadas por la propia Real Audiencia. Pero hay más: después de examinados los informes y conceptos dados por el Virrey en cumplimiento de lo ordenado en la Cédula de 26 de mayo de 1777, se expidió en San Ildefonso la de fecha 2 de agosto de 1780, en la cual el Rey, después de oír el dictamen del Consejo de Indias, dispuso, entre otras cosas, lo siguiente: "Y habiéndose visto todo en mi Consejo de las Indias con los antecedentes del asunto lo que informó la Contaduría General, y dijo mi Fiscal, he resuelto conformándome con el dictamen del enunciado del Juez de realengos, y con el de esa mi Real Audiencia, que en todo ese Virreynato no se inquiete a los poseedores de tierras realengas en aquellas que actualmente disfrutaren y de que estén en posesión en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi real Patrimonio, contrato particular, ocupación u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de ocupación, ni obligarles a que las vendan, ni arrienden contra su voluntad y que si algún interesado tiene por conveniente deslindar y amojonar según la actual posesión las que disfruta puedan ejecutarlo con autoridad judicial, procediendo en esta diligencia el Juez del territorio con mucha moderación en la exacción de sus derechos, sobre cuyo punto estará a la mira el Juez Privativo de realengos..." "Finalmente he resuelto procureis con eficacia, pero por medios suaves que los actuales legítimos poseedores de tierras incultas las hagan fructíferas, o por sí mismo se arrendándolas, o vendiéndolas a otros. Todo lo cual os participo para que por vuestra parte cuideis, como os lo mando del puntual cumplimiento de esta mi real determinación, en inteligencia de que por despacho de la fecha de este hago a ese mi Virrey igual encargo para que concurra por su parte al propio fin".

Plenamente establecido como queda que las tierras que fueron materia de las mercedes hechas a Marrufo Negrón, Ríos Negrón, Ballejo y Naranjo, salieron del patrimonio de la Corona Española, procede examinar si ellas se reincorporaron a ese patrimonio antes del advenimiento de la República, o si fueron recuperadas después por la Nación por alguna causa legal.

No encuentra la Sala ningún hecho en que basarse, legalmente, para aceptar que aquella reincorporación se hubiese consumado antes del establecimiento de la República. Al contrario, la larga y bien eslabonada cadena de títulos y documentos de distintas clases que obran en autos, presentados por la Compañía opositora, constituyen una firme base de hecho y de derecho para reconocer que aquellas tierras continuaron siendo de propiedad privada de quienes, en virtud de sucesivas transferencias, sucedieron a los primitivos adjudicatarios. Y obvio es que si no eran realengas, sino de propiedad privada cuando la República subrogó a la Corona, con ese carácter ingresaron y continuaron bajo el nuevo régimen, por lo menos hasta el momento en que la Nación las hubiera recuperado por "nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal", como dice textualmente el artículo 10 de la Ley 160 de 1936.

Y conviene estudiar aquí lo que se dispuso sobre este asunto de tierras, una vez que quedó constituída la República. El Congreso reunido en Cúcuta en 1821 expidió la ley de 13 de octubre de ese año, en la cual consignó disposiciones sobre esta materia. Y como esta Sala tuvo ocasión de estudiar los artículos pertinentes de esa ley, en sentencia de fecha

1º de diciembre de 1939, se transcribe lo dicho en ese fallo. Dijo la Sala:

"La ley de 11 de octubre de 1821, estableció lo siguiente:

'Artículo 12.—Se creará en la capital de la República una oficina de agrimensura general, y una particular en cada provincia, en que se registren las propiedades rurales de todos los ciudadanos y extranjeros residentes en las expresadas provincias.

'Artículo 13.—Dentro de cuatro años contados desde la publicación de la presente ley, todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada provincia, y desde este tiempo ningún escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, sin que se acompañe un certificado del agrimensor de haberlo así verificado.

'Artículo 14.—Si pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras si fueren adquiridas por merced o composición se reincorporan al dominio de la República y si fueren adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios'.

"La ley de 11 de octubre de 1821 (Nº 60 de orden en la Codificación Nacional), fue la primera que se dictó sobre los baldíos con el fin de fomentar la agricultura, la enajenación de baldíos a precios cómodos y la conveniente separación del patrimonio nacional del de los particulares. Para este último fin se ordenó levantar planos de las propiedades por los agrimensores de las provincias "con expresión de las fanegadas, estancias, celemines o cuartillos de tierra de que conste la propiedad territorial", diligencias que jamás se practicaron. En la ley mencionada se reconoció una situación de hecho: la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced o composición o por compras sucesivas u otros títulos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese hecho, como base jurídica o como punto de partida necesario para aclarar en una forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. Así lo hizo la Comisión del Senado, según los antecedentes de la última ley del petróleo y también el Congreso Nacional al expedir la ley 120 de 1936, que establece en su artículo 4º que el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno podrá acreditarse, en una de estas formas:

"a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

"b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado, y

"c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821—"Las oficinas de agrimensura no se crearon, según la investigación hecha por varios expositores, y en ninguna oficina se conservan registros hechos de conformidad con aquella ley, que posiblemente en esta parte se quedó escrita, por causa de las dificultades de orden fiscal que atravesaba la República en la primera época de su organización. Por consiguiente, no es posible hacer recaer hoy, después de más de un siglo de expedida dicha ley, la sanción de reincorporar al dominio de la República las tierras adquiridas por merced o composición cuyos títulos no fueron registrados en las oficinas de agrimensura, y mucho menos sobre las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos respecto de las cuales sólo se disponía que el registro se haría practicar por el Gobierno a expensas de los propietarios".

Conforme a esta tesis expresada y sustentada por la Sala, no sería, en el caso que se estudia, indispensable la existencia de los títulos originarios del Estado con anterioridad al año de 1821, para reconocer la calidad de propiedad privada de las tierras que hubieran salido del do-

minio de la Corona en virtud de títulos directamente expedidos por ella o a nombre de ella, sino que bastaría la existencia de títulos traslaticios de dominio con anterioridad a 1821, entre particulares. De manera, pues, que si en el presente caso no sólo existen títulos emanados del Estado y de transferencia entre particulares con anterioridad al año de 1821, sino, además, títulos originarios de la Corona, sube de punto la razón para conceptuar que las referidas tierras dejaron de ser realengas y por lo mismo no ingresaron como tales al patrimonio de la Nación.

Y la Sala no sólo no rectifica la doctrina sentada en el fallo citado, sino que la ratifica, pues ella está en armonía con las disposiciones contenidas en las Cédulas Reales cuyas partes pertinentes se han transcrito.

Y procedente es anotar que por el artículo 12 de la citada ley de 1821 no se crearon las oficinas a que ese artículo se refiere, sino que se ordenó cerrarlas y que en lo tocante a la reincorporación al dominio del Estado de las tierras adquiridas por particulares por el no registro de los títulos en tales oficinas, se concretó conforme al artículo 14 ibídem, a las que se hubiesen adquirido por "merced o composición", pues, en lo referente a las adquiridas por "compras sucesivas u otros títulos", el registro debía practicarse por el Gobierno a expensas de los propietarios. De modo que si las tales oficinas no se crearon o si, habiéndose creado, el Gobierno no hizo el registro mencionado en defecto de los propietarios, no podría recaer sobre éstos la sanción que estableció el citado artículo.

Títulos de la Compañía opositora.

Por escritura número 82 de fecha 12 de enero de 1927, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, los señores Ulpiano A. de Valenzuela, obrando en su propio nombre y como apoderado de Elvira de Valenzuela viuda de Germán Ribón, Nina Reyes viuda de Valenzuela, Pedro León Mantilla y Marina González de Mantilla; Alberto Fergusson obrando en nombre de Paulina Valenzuela viuda de Valenzuela; y Guillermo Cote Bautista, obrando en propio nombre, vendieron a la Compañía Richmond Petroleum Company of Colombia "un globo de terreno conocido con los nombres de 'Río del Pescado', 'Cáchira', 'Papayal', 'La Tigra' y otros, situado en parte en la zona limítrofe de los Departamentos de Santander, Norte de Santander y Magdalena, en la región del Río Lebrija, y en jurisdicción parcialmente disputada entre los Municipios de Rionegro, Cáchira, Aguachica y Río de Oro, el cual globo de terreno linda así: 'Por el sur, tomando desde el punto situado dos mil metros arriba de la desembocadura del caño o quebrada del Tigre o Tigra, en el Río Lebrija, siguiendo la dirección de este caño o quebrada arriba por la margen derecha subiendo, por una línea paralela a su curso guardando respecto a ésta la misma distancia de dos mil metros hasta el punto que queda al frente de la desembocadura de la quebrada Santander en la del Tigre o Tigra; de este punto al de la misma desembocadura de la quebrada Santander; de allí quebrada del Tigre o Tigra arriba hasta la desembocadura Arrumbazón en la del Tigre o Tigra; quebrada Arrumbazón hasta su nacimiento; tomando luégo en línea recta hasta la cima de la cordillera que derrama aguas para la Luisiana y para el lado del Volador; por el oriente, por toda la cordillera que derrama aguas para la Luisiana, el Volador y Papayal hasta buscar el nacimiento del Río San Alberto del Espíritu Santo; por el norte el río San Alberto del Espíritu Santo abajo hasta su desembocadura en el Río Lebrija; por el occidente, río Lebrija arriba hasta el punto situado dos mil metros arriba de la desembocadura de la quebrada del Tigre o Tigra, punto de partida' (lo transcrito es tomado literalmente de la copia que obra en autos de la citada escritura).

En esa escritura dijeron los vendedores que el globo de terreno lo habían ad-

quirido por las siguientes escrituras: N° 748 de 9 de julio de 1907 otorgada en la Notaría Primera de Bucaramanga; número 1365 de 22 de agosto de 1922, de la Notaría 2ª de Bogotá; número 1021 de 26 de agosto de 1921, de la Notaría de Bucaramanga y, además, en lo referente a las señoras Paulina de Valenzuela y Nina Reyes de Valenzuela, por las escrituras en que constan las adjudicaciones que se les hicieron en las sucesiones de Ernesto Valenzuela y Carlos Valenzuela, respectivamente.

La primera de esas escrituras contiene la liquidación y distribución de bienes de la Sociedad que en 1884 habían formado José María Valenzuela y José Ignacio Ordóñez S., en que aparece que le adjudicó a los herederos de José María Valenzuela, o sean Ulpiano, Carlos y Elvira Valenzuela el globo de terreno. La segunda contiene la protocolización de inventarios adicionales de bienes de la sucesión de José María Valenzuela, en que aparecen las hijuelas en que se les adjudica a Ulpiano, Carlos, Ernesto y Elvira Valenzuela (en la proporción que en ellas consta), el globo de terreno a que se refiere la escritura anterior. La tercera contiene la transferencia que a título de dación en pago hicieron los nombrados Valenzuela a los doctores Pedro León Mantilla y Guillermo Cote Bautista, de una quinta parte del globo de terreno a que se refieren las escrituras anteriores. Y la cuarta contiene una permuta de algunos derechos entre los señores Valenzuela y Ordóñez S., en relación con lo estipulado en la citada escritura 748. Las copias de esas escrituras lo mismo que las de las hijuelas de Elvira de Valenzuela y Nina Reyes de Valenzuela en las sucesiones de Ernesto y Carlos Valenzuela, respectivamente, obran en autos.

Demasiado largo resultaría el examen minucioso de cada uno de los eslabones que integran la cadena de escrituras y demás documentos de distintas clases que ha traído a los autos el apoderado de la Compañía ya que, por otra parte, ello no es indispensable para resolver la cuestión que es materia del presente juicio. Por eso se contraerá la Sala a relacionar los títulos, hechos y puntos de derecho que necesariamente debe tomar en consideración para fundamentar su fallo.

Por escritura 208 de 10 de septiembre de 1856 otorgada en Bucaramanga, Juan de Dios Vargas Parra, vendió a Ulpiano Valenzuela un globo de terreno individualizado en dicha escritura así: "Un globo de tierra ubicado en el sitio denominado Río del Pescado comprendido en jurisdicción de los Distritos de Rionegro y Cáchira, el cual se halla bajo los linderos siguientes: por el sur, el río Cachirí con dirección al punto llamado "La Aguada", lindando con terrenos de Juan Cáceres y siguiendo río abajo hasta dar a la embocadura de éste al Magdalena; y volviendo para arriba por uno y otro lado del río llamado del Pescado, que corre dividiendo el mencionado globo de tierra a buscar el pie del morro llamado Miraflores y lindando por este lado con terrenos de Lorenzo Jácome cerca del salto del río Cáchira; tomando del pie del morro hacia el norte hasta llegar a la línea divisoria de esta Provincia y la de Ocaña; de este punto y pie del citado morro y línea recta hacia el sur hasta llegar al pie de los terrenos de Juan Cáceres y el río Cachirí su primer lindero".

Dijo el vendedor "que el terreno lo hubo por herencia de su esposa Escolástica Rincón y compra hecha a Timoteo, Fermín y Evangelista Rincón, según consta en escrituras públicas y por virtud de sentencias judiciales ejecutoriadas a beneficio de él".

Aparece en autos la escritura de fecha 30 de enero de 1840, otorgada en Barichara ante el Escribano Público en la cual el señor Evangelista Rincón dice que le vende a Juan de Dios Vergara Parra "el derecho o acción que le corresponde por la herencia de sus abuelos Antonio José Rincón y Antonio Moreno en los terrenos denominados Páramo de Cá-

chira, Ramírez, Carrera Hacienda i Pescado..."

La de fecha 3 de abril de 1843 en que Fermín Rincón dice que "vende a Juan de Dios Vargas Parra el derecho o acción que le corresponde por la herencia de sus abuelos Antonio José Rincón y Antonio Moreno en las tierras denominadas Páramo de Cáchira, Ramírez, Carrera, Hacienda i Pescado".

La de fecha 9 de febrero de 1853 otorgada en Bucaramanga en la cual Timoteo Rincón declara que vende a Juan de Dios Vargas Parra "todos los derechos y acciones que tiene y le corresponden en la herencia de sus padres Antonio José Rincón y Antonio Moreno, conforme consta de la cartilla de adjudicación que se le hizo al otorgante en las diligencias de inventarios en donde se hallan los terrenos que hacen este contrato", así: "...El terreno del río del Pescado bajo los siguientes linderos: desde la quebrada de la Mona, río abajo de Cachirí a dar al Río de Magdalena, volviendo de para arriba por todo el río del Pescado a dar al río del Manzano cogiendo todas las aguas que entran al dicho río de un lado y otro, tomando el punto del poniente y río de Cáchira a línea recta a buscar el primer lindero de la quebrada de la Mona: bajo cuyos puntos, mojones y señales se hallan demarcados los terrenos y cosas que constituyen este contrato de venta..."

En 1880 el señor José María Valenzuela se dirigió al Secretario de Hacienda solicitando que se declarara que unas tierras que poseía en el Estado Soberano de Santander no eran baldías y por tanto no pertenecían a la Nación, tierras que describió en su solicitud. Con ese motivo el Secretario de Hacienda dictó la Resolución de fecha 22 de noviembre de dicho año, en la cual, después de hacer la descripción de las tierras materia de la solicitud, conforme aparece en la escritura número 208 de 10 de septiembre de 1856 en que consta la venta que Juan de Dios Vargas Parra le hizo a Ulpiano Valenzuela, se dice lo siguiente: "En vista de los documentos de que se ha hecho mención se declara: En concepto del Poder Ejecutivo no son baldíos sino de propiedad particular los terrenos que formaron la posesión que se denominó Río del Pescado, por los linderos inscritos en el parágrafo primero de esta declaratoria. Esta declaratoria se hace salvando los derechos que por otros títulos puedan tener a los mencionados terrenos la Nación o los particulares, y salvando también las excepciones que judicialmente puedan hacerse valer contra los títulos exhibidos por el peticionario. Publíquese y devuélvanse los documentos".

El peticionario Valenzuela fundó su solicitud en el artículo 879 del C. F., vigente entonces (el de 1873). Ese artículo estatuye lo siguiente: "Los que se consideren dueños de una parte de las tierras expresadas en el artículo anterior, o que pretendan tener algún derecho a ellas, deberán comprobarlo ante la Oficina de la Estadística Nacional, con títulos legítimos o con la justificación legal de haberlas poseído durante veinticinco años, con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado".

Ese artículo anterior a que se refiere el transcrito, que es el 878, señalaba los terrenos que se reputaban baldíos y, por consecuencia de propiedad nacional.

Al estudio de la citada Resolución dedica el señor Procurador Delegado gran parte de su importante alegato, y comienza por decir lo siguiente: "....En efecto, los señores José María Valenzuela y Crisóstomo Estévez consiguieron, de acuerdo con lo prescrito en el artículo antes citado (el 879 del C. F.), una Resolución del Ministerio de Hacienda, en la cual se declara que no son baldíos sino de propiedad privada ciertos globos de terrenos. En 1918 el señor Ulpiano de Valenzuela obtuvo del Ministerio de Agricultura y Comercio una Resolución en el mismo sentido"; y luégo dice: "Afirma este Despacho que tales resoluciones no pueden tenerse como pruebas y menos en el sentido en que las invocan los opositores, pues este hecho daría por re-

sultado el hacer salir del patrimonio nacional terrenos que eran o podrían ser baldíos, sin llenar los requisitos legales que la ley exige para hacer adjudicaciones de esa clase de bienes".

Sea lo primero anotar que la Sala —para apreciar el valor probatorio de la citada Resolución— no puede razonar sobre la base de que los señores Valenzuela y Estévez "consiguieron (la Sala subraya), una resolución del Ministerio de Hacienda, en la cual, etc.", como opina el señor Procurador; y mucho menos puede acoger el concepto del señor ingeniero del Departamento de Petróleos, sobre que ella fue "arrancada a funcionarios ignorantes de lo que hacían al respecto". Para la Sala, se trata de una Resolución del Secretario de Hacienda en que decidió sobre una solicitud hecha por Valenzuela y Estévez en ejercicio de una facultad que les reconocía la ley: y tanto menos puede partir de aquella base ni acoger aquel concepto cuanto que ya en sentencia de fecha 28 de septiembre de 1938 sentó la doctrina de que las resoluciones dictadas por el Gobierno en virtud del artículo 879 del C. F. de 1873 deben tenerse como pruebas en los juicios en que se presenten (doctrina que trascribe el señor Procurador en su alegato). En efecto, en la mencionada sentencia, la Sala, después de citar los artículos 879 del C. F. y 5º de la Ley 66 de 1870, dice: "Como se ve por las disposiciones anteriores, el Despacho de Hacienda tenía la facultad de estudiar los títulos que se presentaran sobre terrenos de propiedad particular, así como también la posesión que se hubiera ejercido sobre tales terrenos, para establecer la separación de los baldíos. De la Resolución de 3 de abril de 1884, que se ha estudiado (de esa Resolución trata la sentencia), surge la comprobación de la posesión ejercida sobre los terrenos de Chámeza, y como sobre el particular no se han presentado probanzas de ninguna clase que desvirtúen esa circunstancia, corroborada por las escrituras de que se hace mención...., la Sala estima que la Resolución mencionada debe ser tenida como prueba con el carácter expresado. (Gaceta Judicial, número 1940).

El argumento que aduce el señor Agente del Ministerio Público para conceptuar que las mencionadas Resoluciones no pueden ser tenidas como pruebas, carece de fundamento sólido, pues no es exacto que "en virtud de tales resoluciones salieron del patrimonio nacional terrenos que son o pueden ser considerados como baldíos sin llenar los requisitos legales para la adjudicación de esa clase de terrenos", como opina el señor Procurador Delegado. En aquellos actos no se hacen adjudicaciones de baldíos, sino que se reconoce que los terrenos de que se trata no son baldíos, que es cosa muy diferente. En el primer caso se pide un título de propiedad, en tanto que en el segundo lo que se hace es reconocer la existencia de un título anterior. Y, precisamente, al desconocimiento de esa diferencia sustancial se debe el error que entraña la conclusión a que llega aquel funcionario.

En el primer caso se concede un derecho, y en el segundo lo que se hace es reconocer la existencia de un hecho consumado. De manera, pues, que en la Resolución que se estudia lo que el Gobierno hizo no fue expedirle título de propiedad a José María Valenzuela sobre los terrenos materia de su solicitud, sino reconocer y declarar que aquellos terrenos no eran baldíos y por lo mismo no pertenecían a la Nación por tal título, sin perjuicio de que pudieran pertenecerle a ella o a terceros por cualquiera otro título, como lo demuestra el contenido ya transcrito de la segunda parte de dicha declaración que como se ha visto, dejó a salvo los derechos que por otros títulos puedan tener a los mencionados terrenos la Nación o los particulares, y también las excepciones que judicialmente puedan hacer valer contra los títulos exhibidos por los peticionarios.

Claro está —desde luego— que la base de la Resolución del Gobierno para haber declarado que los terrenos no eran

baldíos sino de propiedad privada fueron las pruebas presentadas por Valenzuela en apoyo de su solicitud. Y aquí procede puntualizar que los motivos del presente juicio son la propuesta de contrato hecha al Gobierno por el "Sindicato de Inversiones, S. A." para la exploración y explotación de los petróleos que se encuentren en los terrenos especificados en tal propuesta, en concepto de que son baldíos y consiguientemente de propiedad de la Nación y las oposiciones que hicieron a esa propuesta la Richmond Petroleum Company of Colombia, Victoria Peralta de Ibáñez y Juan Ortiz Garay, alegando, precisamente, que tales terrenos no son baldíos sino de propiedad privada. (Cada uno de los opositores alega que esa propiedad le pertenece exclusivamente).

Resolución de 1918

En memorial de fecha 19 de junio de 1918 el señor Ulpiano A. de Valenzuela por sí y en representación de sus hermanos, Elvira de Valenzuela de Ribón y Carlos de Valenzuela, se dirigió al señor Ministro de Agricultura y Comercio pidiéndole que declarara que las tierras descritas en ese memorial "no son apropiables en calidad de baldías, por ser desde hace muchos años de propiedad particular". Posteriormente, en memorial de 4 de julio del mismo año, aclaró su anterior solicitud manifestando que lo que pedía era que se declarara por el Ministro "que sobre los dos globos de tierra a que se refiere el memorial, por los linderos allí expresados, existen títulos de propiedad particular que el Ministerio ha tenido a la vista y de los cuales ordene que se tome nota en la Sección respectiva de ese Ministerio".

El Ministro dictó la Resolución número 215 de 4 de julio del citado año, en la cual dijo: "En esta virtud y no pudiendo este Despacho desconocer la legitimidad de los títulos de propiedad presentados por el señor Valenzuela sobre las dos extensiones de terrenos de cuya alinderación se ha tomado nota, Resuelve: Declarar que por los linderos expresados en los considerandos de la presente Resolución, las dos extensiones de terrenos que ellos encierran, situados en la zona fronteriza de los Departamentos de Santander, Norte de Santander y Magdalena aparecen adquiridos por los señores Ulpiano A. de Valenzuela, Elvira de Valenzuela de Ribón y Carlos de Valenzuela, conforme a los instrumentos públicos que se dejan citados antes. Para los fines consiguientes transcríbase a los Gobernadores de los Departamentos nombrados".

Respecto de esta Resolución, dice el señor Procurador Delegado lo siguiente: "Esta providencia no se puede tener en cuenta de ninguna manera. Si las resoluciones tomadas en virtud del artículo 879 del C. F. podían tener por lo menos algunos visos de legalidad, y producir los efectos que ya expliqué de dispensar, de producir nuevamente las pruebas en que se fundaron, y el Gobierno tenía facultad para dictarlas dentro de determinados límites ya señalados; una vez derogado el C. F. de 1873, cualquier declaración del Ejecutivo en el sentido de no ser baldíos determinados territorios es inexistente." "Examinado el texto legal en que se fundó la providencia a que me vengo refiriendo, el parágrafo del artículo 10 de la Ley 71 de 1917, se ve la falta total de autorizaciones que tiene el Ejecutivo para hacer una declaración semejante". Transcribe en seguida el citado artículo 10 y dice: "No se comprende que en virtud de tal texto legal, pueda el Gobierno tomar una decisión tan grave, establecer que una extensión territorial de tal importancia no pertenece al patrimonio común". Sigue haciendo otras consideraciones y agrega: "Por las mismas razones que expuse al hablar de la Resolución de 1880 y aún con más fuerza si se quiere esta vez, pido que por vía de excepción se examine la validez y el alcance de la Resolución de 1918". Aún en el absurdo supuesto de que tal providencia sí pudiera considerarse válida e in-

atacable tampoco produciría ningún efecto, pues es imposible suponer que los efectos de esa Resolución puedan retrotraerse hasta el año de 1848 si se invoca la prescripción del petróleo o hasta el año de 1873 si es que se pretende establecer que tal acto es un título originario emanado del Estado".

Reconoce la Sala que efectivamente esa Resolución de 1918 no tiene el mismo alcance legal que la de 1880; pero lo que sí no puede desconocer es la existencia de dicha Resolución, pues no hay constancia de que haya sido anulada. Al contrario, obra en autos copia de una actuación en el Consejo de Estado referente a la nulidad que de esa Resolución se pidió en 1935. Aparece allí que el Procurador General presentó demanda de nulidad de la mencionada Resolución y que esa demanda le fue rechazada por el Consejo de Estado por carecer de personería, según se dice en el respectivo auto. Aparece también que el Fiscal del Consejo presentó escrito ratificando la demanda que había presentado el Procurador, y que esa ratificación no fue admitida. Igualmente aparece que en vista de eso, el nombrado Fiscal, autorizado por el Ejecutivo, presentó directamente nueva demanda de nulidad que el Consejo no admitió, manifestando que no le daba curso "porque se ha intentado ese recurso fuera de tiempo", según anota en la correspondiente providencia.

El hecho mismo de que el Gobierno hubiera tratado de obtener la declaratoria de nulidad de aquella Resolución, está indicando el reconocimiento de su existencia y de que algún valor legal podía tener. Y si bien es cierto que el Consejo de Estado no decidió sobre si estuviera o no viciada la nulidad, no lo es menos que tampoco desconoció su existencia y más bien la reconoció, implícitamente, desde luego que se negó a darle curso a la demanda del Fiscal por considerarla extemporánea, para lo cual tuvo que examinar —como lo hizo— la fecha en que fue presentada y la en que se dictó y publicó tal Resolución.

Y si esto es así, como en realidad lo es, no puede la Sala dejar de tomar en cuenta esa Resolución, como lo pretende el distinguido Agente del Ministerio Público, tanto menos cuanto que se ha traído al expediente en forma legal, y no se ha redargüido de falsa.

Cosa distinta es la apreciación —por parte de la Sala— del valor probatorio que esa Resolución tenga en el caso que se estudia.

Si se compara el texto de la Resolución de 1880 con el de la de 1918, se nota que en ésta, lo que se hizo fue ratificar, implícitamente, en cierto modo y en cierta parte, lo declarado en aquélla, respecto de la cual reconoce el señor Procurador Delegado que el Gobierno sí tenía facultad para dictarla dentro de determinados límites.

Ha reconocido la Sala que el valor probatorio de la Resolución de 1918 no tiene el mismo alcance legal que el de la de 1880, y ello es así. La de 1880 se dictó con motivo de la solicitud que los señores José María Valenzuela y Juan Crisóstomo Estévez hicieron, de acuerdo con el artículo 879 del C. F. vigente entonces; y en ella, conforme a ese mismo artículo, el Secretario de Hacienda hizo la declaración expresa de que los terrenos materia de la solicitud, "no eran baldíos sino de propiedad particular". Y la de 1918 se dictó —es cierto— con motivo también de la solicitud que hicieron Ulpiano de Valenzuela y sus hermanos, pero no ya de acuerdo con el artículo 879 del citado Código, que había dejado de regir, sino invocando el artículo 10 de la Ley 71 de 1917; y en ella se declara que "las dos extensiones de terrenos que ellos encierran, situados en la zona fronteriza de los Departamentos de Santander, Norte de Santander y Magdalena, aparecen adquiridos por los señores Ulpiano A. de Valenzuela, Elvira de Valenzuela de Ribón y Carlos de Valenzuela, conforme a los instrumentos públicos que se dejan antes citados". Y si se comparan los textos de aquellos dos artículos, se ve la marcada diferencia que entre ellos exis-

te y, consiguientemente, la que existe entre las dos mencionadas Resoluciones. Y esta última diferencia resulta más notoria, si se compara el texto de la solicitud que en 1880 hicieron José María Valenzuela y Juan Crisóstomo Estévez con el de la que en 1918 hicieron Ulpiano de Valenzuela y sus hermanos.

De aquí que la Sala haya dicho que lo que se hizo en la Resolución de 1918 fue reiterar, implícitamente, en cierto modo y en cierta parte, lo declarado en la de 1880; tanto más fundado esto, cuanto que la declaratoria de no ser baldíos, que se hizo en 1880 se refirió al globo general de terrenos dentro del cual se comprende parte de las porciones a que se refiere la Resolución de 1918.

Y pertinente es anotar aquí que en autos obran copias de los títulos que los señores Valenzuela presentaron con sus solicitudes en 1880 y en 1918 y que ellos sirvieron de bases a los ministros para haber dictado las precitadas resoluciones; de manera que las declaraciones que en éstas se hicieron, deben apreciarse teniendo en cuenta aquellos títulos; y así lo hace la Sala, especialmente en lo que respecta a la Resolución de noviembre de 1880, que fue proferida en virtud del artículo 879 del C. F., puesto que ya ha sentado doctrina sobre este punto.

Y acaso a la no apreciación de aquellos hechos se deban, por lo menos en parte, las censuras que contra dichas resoluciones se han formulado.

Entiende la Sala, que las tantas veces citadas Resoluciones, son solamente dos eslabones de la cadena de documentos aducidos por la Compañía opositora para fundamentar su oposición, la cual no tiene legalmente, no puede tenerla, otra finalidad que la de que ella (la Sala) sobre la base de los artículos 5º y 10º de la Ley 160 de 1936 "decida si es o no fundada", en cuanto a la propiedad del petróleo.

Refiriéndose a la Resolución de 1880 el apoderado del Sindicato de "Inversiones, S. A." hace estas observaciones:

Primero: Que la declaración se hizo "salvando los derechos que por otros títulos puedan tener en las mencionadas tierras la Nación o los particulares, y salvando también las excepciones que judicialmente puedan hacerse valer contra los títulos exhibidos por el peticionario".

Segundo: "Que las declaraciones sobre posesión a que allí se hace referencia no fueron las determinantes de la Resolución mencionada sino que ella tiene su base en la escritura número 208 de 1856".

La primera es exacta, ya que ello consta en el texto de la Resolución. En cuanto a la segunda, no lo es del todo, pues también consta en aquel texto, que uno de los considerandos sobre que se basó la Resolución, se refiere expresa y claramente a las declaraciones de los testigos sobre posesión de los terrenos que presentó el solicitante en apoyo de su petición.

Y en relación con este punto, la Sala reconoce que la Nación ha podido y puede hacer uso de los derechos que por otros títulos crea tener como también pueden hacerlo los particulares.

Examen de títulos.

Si se examinan los títulos que sirvieron de base a las tantas veces citadas Resoluciones, títulos que, como se ha dicho, obran en autos y los demás que también obran, se advierte que, no obstante ser numerosos y otorgados a través de muchísimos años (más de dos siglos), existe entre ellos ostensible relación. En efecto: las primeras mercedes se hicieron a Juan Marrufo Negrón en 1707; en 1735 la heredera de Marrufo Negrón, Margarita Marrufo, le transfirió las tierras a Juan Ignacio Salgado y a Isidro Vásquez Santos Gil; en 1742 y 1743 ocurrió el litigio entre Vásquez Santos Gil y Petronila Subieta (sucesora de Juan Ignacio Salgado), y Miguel Francisco Ríos Redondo, con motivo de la solicitud que éste hizo para que se le adjudicaran unas tierras, y a lo cual se opusieron aquellos, litigio que terminó en dicho año de 1743 con las mercedes que se hicieron a Cristóbal Ballejo, José Naranjo y Ríos Redondo: pos-

Posteriormente Ríos Redondo y sus sucesores adquirieron, en virtud de traspasos, todas las tierras; en 1752 doña Angela Rodríguez de León viuda de Francisco Ríos Redondo, constituyó una capellanía sobre la hacienda denominada "Río del Pescado": en 1757 y 1758 se siguió juicio de concurso de acreedores contra los bienes de Agustín de los Ríos Redondo (sucesor de Francisco Ríos Redondo), y Angela Rodríguez de León, en el cual se hicieron varias adjudicaciones; Agustín Ríos Redondo y Angela Rodríguez de León hicieron varias transferencias de porciones de tierras; en 1768 Antonio José del Rincón adquirió por remate varias porciones de esas tierras, remate hecho en la sucesión del Presbítero Bartolomé Sánchez de Molleda, quien las había adquirido del Marqués de Santa Coa, a quien a su vez se les habían adjudicado en el concurso de acreedores a que se ha hecho referencia; en los años de 1828 a 1832 se distribuyeron entre sus herederos los bienes de Antonio José del Rincón y su mujer Antonia Moreno. De ahí en adelante aparece una serie de transferencias de derechos efectuadas por sucesores de Antonio José del Rincón y Antonia Moreno, y por los adquirentes de éstos.

Por escrituras de fechas 30 de enero de 1840, 3 de abril de 1843 y 9 de febrero de 1853, Evangelista Rincón, Fermín Rincón y Timoteo Rincón, respectivamente, le vendieron a Juan de Dios Vargas Parra los derechos que les correspondían como herederos de Antonio José Rincón y Antonia Moreno. Por escritura número 208 de 10 de septiembre de 1856 otorgada en Bucaramanga, le vendió Juan de Dios Vargas Parra a Ulpiano Valenzuela el globo de terreno descrito en dicha escritura (la misma que se presentó como ya quedó expresado, con la solicitud que hizo José María Valenzuela en 1880. En esa escritura, dijo el vendedor que los terrenos los había adquirido por herencia de su finada esposa Escolástica Rincón (heredera ésta de Antonio José Rincón y Antonia Moreno), por compra hecha a Timoteo, Fermín y Evangelista Rincón y por virtud de sentencias ejecutoriadas a beneficio del otorgante. Por escritura número 47 de 10 de febrero de 1859 otorgada en Bucaramanga, Ulpiano Valenzuela y Pedro José Diegues celebraron un contrato para negocios industriales, en que aportaron, el primero, entre otros bienes, los terrenos que había comprado a Juan de Dios Vargas Parra por la citada escritura de 1856, y Diegues un globo de tierra que también había comprado por escritura 281 de 12 de octubre de 1857 otorgada en Bucaramanga, a Juan de Dios Vargas Parra. Por escritura de 5 de febrero de 1860 Valenzuela y Diegues disolvieron la compañía y se quedaron los terrenos que habían aportado.

En 1862, Ulpiano Valenzuela formó con sus hijos la Sociedad denominada "Valenzuela e Hijos" por escritura 79 de 21 de octubre otorgada en Bucaramanga; y por escritura número 80 del mismo año Valenzuela vendió a aquella Sociedad, entre otros bienes, los mencionados terrenos.

Por escritura de 4 de noviembre de 1866 otorgada en Bucaramanga, Ulpiano Valenzuela y su hijo José María Valenzuela constituyeron una nueva Sociedad denominada "Valenzuela e Hijo", con el haber de la sociedad anterior, en las proporciones que en ella constan.

Por escritura 248 de 2 de agosto de 1870 se disolvió y liquidó dicha sociedad y se distribuyeron los haberes, habiéndole correspondido a José María Valenzuela, entre otros bienes, los mencionados terrenos.

En octubre de 1880 José María Valenzuela y Reyes González formaron una compañía para la explotación de quinas, denominada "Compañía Explotadora de Luisiana", Compañía que declararon terminada por escritura 826 de 31 de diciembre de 1881.

Por escritura 199 de 12 de marzo de 1884 otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, José María Valenzuela y José Ignacio Ordóñez, celebraron un contrato para la explotación de los productos vegetales y minerales que se encontraran

en los terrenos descritos en aquella escritura.

Por escritura 748 de 9 de julio de 1907 otorgada en la Notaría Primera de Bucaramanga los herederos de José Ignacio Ordóñez, por una parte, y los de José María Valenzuela, por otra, sobre la base de las declaraciones y explicaciones que constan en dicha escritura, se distribuyeron los terrenos que habían sido materia del contrato citado en el punto anterior, incluyendo en la distribución los terrenos que José Ignacio Ordóñez había comprado en 1881 y 1882 a los herederos de Luciano Jaimes. A los herederos de Valenzuela les correspondieron los terrenos descritos en la citada escritura 748 (que son los mismos descritos en la escritura de venta a la Richmond Petroleum Company of Colombia). Y esa escritura 748 fue de las que Ulpiano Valenzuela presentó en 1918 en apoyo de la solicitud que hizo en dicho año al Ministerio de Agricultura y Comercio.

Luciano Jaimes había adquirido los terrenos, materia de las ventas que sus herederos hicieron en 1881 y 1882 a José Ignacio Ordóñez, por compras que había hecho así: En mayo de 1850 a Timoteo Rincón; en marzo de 1850 a Rafael Novoa; y en febrero de 1870 a Bibiana Jaimes Padilla, viuda de Nicolás Factor Jaimes. Lo que ésta y Novoa vendieron fue lo que Nicolás Factor Jaimes había comprado por escritura de 14 de mayo de 1845 a Timoteo Rincón, heredero de Antonio José Rincón.

Los títulos que se dejan relacionados son de los que obran en autos; y como se ve, ellos constituyen una verdadera cadena cuyos primeros eslabones son los de las mercedes reales que en 1707, 1742 y 1743 se hicieron a Marrufo Negrón, Miguel Francisco Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo, y el último, en la oposición que se estudia, lo constituye la escritura de venta hecha en 1937 a la Compañía opositora por Ulpiano Valenzuela y otros. Así lo reconoce el señor Procurador Delegado en su alegato, en el cual dice que "los documentos presentados por el representante de la Richmond constituyen una titulación completa que comprende desde el título originario emanado del Estado hasta la escritura número 82 de 12 de enero de 1937 último instrumento otorgado por los sedicentes propietarios".

Esta Sala, en sentencia de fecha 15 de julio de 1937, hizo un detenido estudio del artículo 10 de la Ley 160 de 1936. En ese fallo, después de transcribir el citado artículo, dijo: "Existe, pues, una disposición legal, el artículo que acaba de transcribirse, en la cual consagró el legislador la definición de lo que ha de entenderse por petróleo de propiedad privada.

"Desde luego la definición se limita a consagrar lo que ya estaba establecido en la ley y en la jurisprudencia. El artículo mencionado se funda en la reserva del petróleo a favor de la Nación, establecida por obra de la vigencia del Código Fiscal nacional de 1873".

"La comisión del Senado que estudió el proyecto respectivo en 1936 así lo reconoce en estos términos: (se transcribe la parte pertinente del informe), y agrega la Sala: "Expresa el artículo transcrito que es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Que salieron legalmente, dice la disposición y no de cualquier modo, lo que sugiere, ya el título emanado del Estado, por cesión o adjudicación de las tierras, venta, merced, o remate por los funcionarios que tenían la representación del Estado al tiempo de la enajenación válida de ellas; ya el que proviene de la prescripción respecto de las épocas en que ella ha sido posible de acuerdo con la ley; ya el que emana de leyes expresas, origen de algunas propiedades, como la ley de 11 de octubre de 1821; ya, en fin, el que tiene cualquier otro origen legal. Pero no sólo se requiere que los terrenos que se pretenden de dominio privado hayan salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, sino que es

preciso que ellos no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución de la cesión o adjudicación o por cualquiera otra causa".

"Es verdad, como lo afirma el señor apoderado del opositor, que basta que un terreno haya sido del dominio privado un día antes del 28 de octubre de 1873, vale decir, que haya salido legalmente del dominio de la Nación, para que el petróleo que en tales terrenos se encuentre deba tenerse como de propiedad del dueño del terreno".

"Sin embargo, es diferente demostrar que un terreno fue objeto de operaciones comerciales entre particulares antes de esa fecha, a comprobar que dicho terreno había salido entonces del patrimonio nacional. La primera demostración resulta o puede resultar de títulos entre particulares anteriores al 28 de octubre de 1873; la segunda, es preciso hacerla con el título emanado del Estado o con la posesión material, en ciertos casos, o por otro medio legal".

"No es indispensable para acreditar el dominio privado del petróleo, ante el Poder Judicial, que se presente un título emanado del Estado, como sí lo es ante el Ministerio del ramo. La Corte, en la amplitud no limitada que tiene para apreciar y admitir las pruebas, puede aceptar, en los juicios sumarios, como el de que aquí se trata, cualquiera demostración que satisfaga en forma plena la exigencia del artículo 10 de la Ley 160 de 1936, conducente a establecer que los terrenos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873".

"A lo que se agrega, para el reconocimiento del dominio privado del petróleo la otra exigencia legal de que los terrenos en cuestión no hayan vuelto al Estado por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal".

"Para acreditar que un terreno salió definitivamente del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, no es preciso que en todo caso se traiga el título emanado del Estado, ni que se acredite la verosimilitud de su expedición. Puede el título legal no emanar del Estado y ser fuente de dominio privado del petróleo. Si falta el título emanado del Estado, puede acreditarse por otros medios el hecho fundamental, requerido por la ley, de que el terreno salió del dominio de la Nación antes de la reserva. Cualquier demostración que sea eficaz para establecer ese hecho debe admitirse como prueba".

En lo referente a que los baldíos puedan pasar del poder del Estado al de los particulares, dijo la Sala en el mismo fallo: "La Nación no tiene sobre los baldíos un dominio privado, de persona jurídica, pero sí ejerce sobre ellos el control de que habla el opositor, en virtud del cual, mientras el Estado, por un acto de poder público no los adjudica, ellos no pasan al dominio de particulares. Están, pues, los baldíos formando parte de un patrimonio que no es el de los particulares, que tampoco es el patrimonio jurídico del Estado, pero que indudablemente es el 'patrimonio nacional', en cuanto comprende bienes o cosas que son del dominio público. El Estado es el guardián de ese dominio público de la Nación. Y los bienes que con tal carácter posee constituyen un patrimonio que le pertenece como representante de los intereses de la comunidad".

"De otro lado, la distinción propuesta, si bien de interés en el campo puramente técnico o científico, carece de importancia práctica, desde que las leyes, entre otras el artículo 44 del C. F., que dice que el Estado es dueño de los baldíos, 'por carecer de dueño', y el propio artículo 10 de la Ley 160 de 1936, que habla de los terrenos que salieron legalmente 'del patrimonio nacional', han entendido que el Estado ejerce una especie de dominio sobre los baldíos. Tal dominio no es ciertamente el dominio privado, pero sí es dominio. Siéndolo, no es ilógico que se diga que los baldíos pasan del poder del Estado al de los particulares. En este sentido debe entenderse el fenómeno jurídico que se opera todas las veces que el

Estado se desprende legalmente de sus tierras baldías en beneficio de terceros". (Gaceta Judicial, número 1927, páginas 566 y 567).

Como se ve, en esta sentencia está nítidamente expresada por la Sala la interpretación que ella le ha dado al citado artículo 10; y si esa doctrina se aplica en el caso que se estudia, teniendo en cuenta los títulos que se han relacionado y las demás pruebas que obran en el expediente, forzosamente se llega a la conclusión de que están comprobados los fundamentos de la oposición, cualquiera que sea la restricción que a tal doctrina se le haga. Porque, en verdad, no se trata de simples transferencias entre particulares con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y ni siquiera de simples títulos emanados del Estado, sino de títulos originarios del Estado; y lo que es más originarios de la Corona Española. Y más aún: esos títulos fueron reconocidos por el Estado colombiano en 1821, bien que no en forma especial y concreta; pero sí en virtud del reconocimiento de carácter general que hizo por medio de la ley de 11 de octubre de aquel año, como ya quedó anotado por la Sala en el fallo en que analizó el alcance de los artículos pertinentes de dicha ley.

Y aquí es oportuno el estudio de las observaciones que formulan, en sus respectivos alegatos, el apoderado del "Sindicato de Inversiones, S. A.", doctor Torres Pinzón y el señor Procurador Delegado, en lo referente a la prescripción que pueda alegarse por la compañía opositora, como títulos de propiedad.

Ambos hacen hincapié en que aún en el supuesto de que por prescripción los opositores tuvieran título sobre los terrenos, por ello no lo tendrían sobre la propiedad de los petróleos, pues tal prescripción sería posterior al 28 de octubre de 1873. Especialmente el doctor Torres Pinzón anota que si por prescripción podía adquirirse la propiedad sobre terrenos que eran baldíos con posterioridad a la fecha de vigencia del Código Fiscal de 1873, no por ello se adquiría la propiedad de los petróleos, es decir, en síntesis, que por ese medio podría adquirirse la propiedad del suelo, pero no la del subsuelo petrolífero.

En concepto de esta Sala, la tesis es legal. En efecto: por el hecho mismo de que conforme al Código Fiscal que entró a regir en 1873 la Nación se reservó la propiedad de los petróleos, quedó establecida la imprescriptibilidad de ella; y si bien es cierto que hasta 1882 podían adquirirse por prescripción los terrenos baldíos, no lo es menos que esa prescripción no comprendía, no podía comprender, la propiedad de los petróleos que en ellos se encuentren o puedan encontrarse, si la prescripción se consumaba con posterioridad al 28 de octubre de 1873. Y así resulta procedente la cita que del artículo 43 de la Ley 153 de 1887 hace el señor Procurador, artículo que dice: "Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiera comenzado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba tal prescripción".

Pero el caso es otro. La cuestión principal que viene estudiándose es, precisamente, la de saber si los terrenos salieron legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y no han sido recuperados por éste, "por nulidad, caducidad, resolución o cualquier otra causa legal", ya que son esas las condiciones que la ley exige para reconocer como de propiedad privada los petróleos que en esos terrenos se encuentren. Y como quiera que son esos hechos los en que la Compañía, principalmente, funda su oposición, apoyándose en los títulos y demás pruebas que ha presentado, no se hace indispensable estudiar a fondo si ha habido prescripción adquisitiva de los terrenos consumada antes o después de 1873, puesto que ya se ha hecho el análisis amplio de aquellos títulos y se ha visto que conforme a ellos, sí resulta comprobado que los terrenos salieron del dominio del Estado muchas déce-

nas de años antes de 1873 y que no han sido recuperados por él.

Prescripción extintiva.

El apoderado del "Sindicato de Inversiones, S. A." dice en su escrito lo siguiente: "Contra todos estos oposítores opongo la excepción de prescripción extintiva del derecho y de la acción que alegan, como parte que soy en este juicio de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 y también en beneficio de la Nación".

Para fundamentar tal excepción dice, entre otras cosas, esto: "El artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936 señala, en mi sentir, la regla general de interpretación que se le debe dar al derecho de propiedad en la actualidad. Al ordenar este artículo que la propiedad implica obligaciones claramente está indicando que debe ejercitarse el derecho en beneficio de la sociedad y que la omisión de tal mandato debe acarrear al propietario remiso ciertas sanciones. Esas sanciones hoy por hoy no pueden ser otras que la pérdida del derecho por prescripción extintiva". Estando actualmente separado el concepto de propiedad superficiaria del de propiedad del subsuelo en materia petrolífera, la separación de estos dos derechos, da lugar a que en el estudio de la prescripción extintiva referente al dominio del subsuelo pueden presentarse ciertos problemas en relación con la adquisición del derecho sobre la superficie, por prescripción adquisitiva, con anterioridad al 28 de octubre de 1873".

"En mi sentir, si el propietario del suelo adquirió ese derecho por prescripción adquisitiva anterior a la fecha de la reserva nacional, es indudable que junto con el suelo adquirió el subsuelo petrolífero; pero si esa adquisición se completó con posterioridad al 28 de octubre de 1873, el dueño del terreno no ha podido adquirir junto con la superficie la propiedad del subsuelo petrolífero puesto que éste ya estaba reservado por la Nación y existía una situación legal que le impedía hacerlo, aun cuando ese petróleo hubiera salido del dominio inmanente del Estado, pues estaba en vía de recuperarlo por esta causa legal ya que mal pudiera afirmarse que el propietario de la superficie estuviera ejercitando actos de posesión sobre el subsuelo para poder adquirirlo por prescripción adquisitiva".

Sigue haciendo otras consideraciones sobre prescripción extintiva, y luégo dice: "Baso esta excepción en el hecho de que ninguno de los opositores han ejercitado el dominio con respecto a los petróleos ni en época anterior al 28 de octubre de 1873 ni posteriormente y en el hecho de que ni aún el dominio superficiario lo han conservado por medio de la posesión y cultivo con posterioridad a esa fecha".

En relación con la oposición que viene estudiándose, observa la Sala:

La afirmación que hace el señor apoderado sobre que el adquirente del suelo, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, adquirió, por lo mismo, el derecho sobre el subsuelo petrolífero, pero si la adquisición del suelo se efectuaba por prescripción, consumada o completada con posterioridad a aquella fecha, tal adquisición no implica la del suelo petrolífero, entraña sustancialmente el mismo concepto que la Sala ha consignado en los apartes anteriores de este estudio, concepto que está amparado por el precitado artículo 10 de la Ley 160 de 1936. De modo que si se reconoce que la propiedad del petróleo en terrenos baldíos adquiridos por simple prescripción consumada antes del 28 de octubre de 1873 corresponde a los adquirentes de tales terrenos, con razón mucho mayor debe reconocerse que también corresponde aquella propiedad al adquirente de los terrenos, no por simple prescripción, sino mediante títulos que tengan como base los emanados u originarios del propio Estado. Es decir, que si en el primer caso se admite —como así es— que los petróleos son de propiedad privada, con más sólido fundamento hay que admitir que lo son en el segundo caso.

En lo tocante a la interpretación que el señor apoderado le da al artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936, no se considera necesario abocar a fondo el estudio de esa disposición constitucional, pues en verdad no se trata de fijar el mayor o menor alcance de disposiciones legales que hubiera dictado el legislador en desarrollo del principio sobre propiedad que tal artículo consagra. Que las sanciones imponibles en concordancia con aquel principio, en relación con la propiedad del petróleo, deban ser o no las que señala el distinguido abogado, es cosa que no le corresponde analizar a la Sala en el presente juicio, tanto menos cuanto que él mismo dice "que en estas oposiciones no se resuelve a quién pertenece un terreno, sino si la Nación puede continuar el procedimiento administrativo para celebrar el contrato propuesto en concepto de que el petróleo es de propiedad nacional, por incapacidad del opositor para demostrar que esas mismas salieron del patrimonio común"; y que en sentencia de julio de 1937 la Corte fijó las normas que debe reunir toda oposición para ser viable, interpretando el artículo 10 de la Ley 160 de 1936.

Que en el estudio de la prescripción extintiva referente al dominio del subsuelo pueden presentarse ciertos problemas en relación con la adquisición del derecho sobre la superficie por prescripción adquisitiva, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, como afirma el doctor Torres Pinzón, no lo niega la Sala; pero, como se ha dicho y repetido, lo que la compañía alega principalmente es la adquisición de terrenos que salieron del patrimonio del Estado en virtud de títulos originarios de éste con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

En lo referente al hecho que el señor apoderado alega como base de la excepción de prescripción extintiva que propone, se observa: la disposición del artículo 10 de la Ley 160 de 1936 tiene claridad meridiana. Conforme a ella, cuando un opositor comprueba que los terrenos en donde se encuentran o pueden encontrarse los petróleos de que se trata, salieron legalmente del patrimonio nacional, mediante títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, virtualmente queda comprobado que aquellos petróleos son de propiedad particular, salvo que dichos terrenos hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa, cosa ésta que no ocurre en el caso que se estudia.

No existe, hasta ahora, disposición legal en que se establezca que aun cuando los petróleos se encuentren en los terrenos a que se refiere el precitado artículo 10 de la Ley 160 de 1936, dejan de ser propiedad privada, si no se explotan dentro de tal período de tiempo. Ni siquiera existe disposición especial que señale el o los actos de dominio que "con respecto a los petróleos —según conceptúa el doctor Torres Pinzón— debe ejercitar el propietario para conservar aquel dominio, esto es, para no perderlo por prescripción extintiva; y obvio es que en relación con esa propiedad no cabe aplicar las disposiciones que sobre posesión del suelo contiene el Código Civil.

En lo referente al petróleo lo que la ley prevee es la posibilidad de su existencia; y por eso en el citado artículo 10 de la Ley 160 de 1936 se dice que "es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron, etc., etc."

Cosa distinta es la ejecución de actos de posesión sobre el suelo para conservar "el dominio superficiario" a que se refiere el señor apoderado.

De modo que no resulta fundado el argumento que hace él sobre existencia de la excepción de prescripción extintiva por "cuanto —dice— los opositores no han ejercido el dominio con respecto a los petróleos ni en época anterior al 28 de octubre de 1873 ni posteriormente".

Pero hay más: en lo referente a la oposición que se estudia sí obran en autos pruebas de hechos ejecutados por los señores Valenzuela, Mantilla y Cote Bautista antecesores de la Compañía oposi-

tora en el dominio de los terrenos, encaminados al descubrimiento y aprovechamiento de los petróleos que en ellos puedan encontrarse. Y obran también pruebas de actos de dominio sobre tales terrenos.

Se encuentran en los varios cuadernos de documentos presentados por el apoderado de la Compañía, junto con el memorial de oposición, estos:

Copia de las escrituras públicas 2108 de 30 de septiembre de 1916 y 2028 de 10 de diciembre de 1918 de la Notaría 2ª de Bogotá y 1122 de 31 de mayo de 1926 de la Notaría 1ª de Barranquilla, sobre un contrato para la exploración y explotación de petróleos entre Ulpiano A. de Valenzuela y sus hermanos y el señor Silas H. Wright.

Copia de la escritura 1379 de 22 de julio de 1927 de la Notaría 4ª de Bogotá, otorgada por Ulpiano Valenzuela y otros y Colombia Syndicate sobre arrendamiento de los terrenos de Cáchira y Río del Pescado y de la número 2695 de 20 de noviembre de 1929 sobre traspaso de ese contrato de arrendamiento de Colombia Syndicate a South American Gulf Oil Company, y de la número 199 de 30 de enero de 1936 relacionada con la terminación del mencionado contrato.

Copia del memorial que con fecha 6 de julio de 1920 dirigió al Gobernador del Departamento de Santander el señor John Gates Jr. como apoderado general de Colombia Syndicate por medio del cual presentó pruebas encaminadas, según dice el memorialista, a dar "cumplimiento a la obligación que al Colombia Syndicate impone el último inciso del artículo 17 de la Ley 120 de 1919". Versa el memorial sobre la solicitud que se había hecho "para explotar los depósitos de petróleos que existan en unos terrenos que al efecto tiene contratados (el Colombia Syndicate), con los señores Ulpiano A. de Valenzuela, Carlos de Valenzuela y Elvira Valenzuela de Germán Ribón y con los señores Manuel Antonio, Benito, Paulina y Vicente Ordóñez S. situados en parte en territorio del Departamento de Santander". Esa copia aparece expedida por el Secretario de Hacienda del nombrado Departamento.

Copia de un juicio ordinario que siguió el doctor Carlos Nicolás Rodríguez como apoderado de la "Compañía Industrial de Ocaña" contra los señores "José María Valenzuela y Reyes González sobre cumplimiento de un contrato de compraventa de quinas e indemnización de perjuicios.

Copia de la escritura 2018 de 1º de diciembre de 1919 de la Notaría 1ª de Bucaramanga sobre permuta de unos derechos entre Manuel Antonio, Benito, Paulina y Vicente Ordóñez S., por una parte, y Ulpiano A. de Valenzuela y otros.

Copia de un juicio civil surtido entre José María Camacho y Juan de Dios Vargas Parra sobre la posesión de un terreno denominado Tierra Caliente y Río del Pescado, ante el Juzgado 2º de Bucaramanga.

Fuera de los anteriores documentos y de los muchos que quedan citados en otras partes de este fallo, obran en el expediente otros más que resultaría largo enumerar, como son los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bucaramanga, por el Notario 2º de Bogotá, por el Secretario del Concejo Municipal de Río Negro, por los Tesoreros Municipales de Cáchira, Agua Chica, Río de Oro, etcétera.

Como ya se dijo, toda esa documentación forma una larga y eslabonada cadena de pruebas referentes, no sólo a la tradición del dominio sobre las tierras materia de las mercedes reales que se hicieron a Marrufo Negrón, Ríos Redondo, Vallejo y Naranjo, sino también a la posesión ejercida sobre las porciones vendidas a la compañía opositora.

Reversión

Refiriéndose a la reversión el señor apoderado del "Sindicato de Inversiones, S. A." hace un interesante estudio sobre el particular transcribiendo disposiciones

legales de la legislación española y de la legislación de la República y luégo dice:

"A la poderosa titulación de la Richmond Petroleum de Colombia le faltan precisamente dos de esos requisitos: el de la confirmación y el del cultivo anterior a 1821. Aceptando en gracia de discusión que la confirmación no hubiera sido necesaria por razón de la Cédula de San Lorenzo de 1754, restaría la falta del otro requisito referente al cultivo para concluír que estas tierras revertieron a la Corona Española de acuerdo con las leyes de India y las de la Nueva Recopilación. El mismo hecho de la falta de cultivo, agravado por el modo de adquisición original, que fue el de merced, coloca estos títulos dentro de otra causal de reversión al Estado, ya en tiempo de la República, que no reconoció nunca como fuente legal de adquisición del dominio el título proveniente de mercedes reales. Basta para llegar a esta conclusión el estudio de las primeras leyes para deducir de ellas que se atendió más a la posesión con cultivos que al título mismo. La ley de 13 de octubre de 1821 suprimió los modos de adquisición por razón de mercedes y composición estableciendo la reversión en favor del Estado de aquellas tierras adquiridas así. En esta reversión tuvieron que entrar las mercedes concedidas a don Juan Marruto Negrón, Miguel de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y Joseph Naranjo, en que apoyan su derecho los opositores en este juicio. A no ser que hubieran demostrado la eficacia de sustituírlos con el cultivo de los terrenos. Que esto es así lo confirma el hecho de que desde 1866 hasta la vigencia de la Ley 110 de 112 se ha considerado por el legislador como baldíos todos los terrenos incultos, sin consideración a los títulos de propiedad que puedan existir sobre ellos. Es solamente hasta 1912 que viene la ley a establecer la condición de baldíos de un terreno por los títulos de propiedad que puedan alegarse sobre él. Un terreno inculto en el año de 1866 era baldío y el petróleo que allí pueda encontrarse de propiedad nacional. Si posteriormente ese terreno aparece titulado sin la intervención del Gobierno es claro que tal título no puede conferir derecho al petróleo que allí pueda haber puesto que es esencial de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 160 de 1936 que tal terreno haya salido legalmente del poder del Estado, y el comercio y trueque de tierras en esas condiciones no puede considerarse como legal desde el punto de vista de la propiedad del petróleo".

Sobre esto observa la Sala:

En apartes anteriores de este fallo se há estudiado ampliamente lo relacionado con las mercedes coloniales hechas en 1707, 1742 y 1743 a Marrufo Negrón, Ríos Redondo, Vallejo y Naranjo y se ha demostrado que las tierras materia de aquellas mercedes salieron del dominio de la Corona Española y por lo mismo no ingresaron al de la República. Igualmente queda hecho el análisis de la citada ley de octubre de 1821 y se ha transcrito la parte conducente de la sentencia en que esta misma Sala estudió los artículos pertinentes de dicha ley. También queda demostrado que las referidas tierras no fueron recuperadas por la Nación con posterioridad a dicho año de 1821 y que por lo mismo se encuentran en el caso que contempla el artículo 10 de la Ley 160 de 1936.

Y como, por otra parte, se ha hecho también el estudio de la prescripción alegada por el señor apoderado, no se considera necesario repetir esos estudios.

De los documentos presentados por la Compañía opositora y que coinciden en sus puntos principales de referencia, lo cual la Sala ha considerado en varios fallos como suficiente para la determinación de los inmuebles, resulta que el globo de tierra adquirido por dicha Compañía se halla comprendido dentro del lindero general a que se refieren las mercedes coloniales, cuyos linderos fueron reproducidos esencialmente en la Resolución de 1880, por la cual se declaró que los terrenos en referencia no son baldíos sino de propiedad particular. Igualmen-

te, conforme a los mismos documentos, mapas, cartas y planos que obran en autos, se deduce que el lote de terreno sobre el cual el Gobierno admitió la propuesta del "Sindicato de Inversiones, S. A." de Medellín, se halla comprendido dentro de aquellos terrenos adquiridos por la mencionada Compañía opositora.

Conclusiones

Del estudio especial que se ha hecho de cada una de las tres oposiciones, en cuanto a la propiedad del petróleo, teniendo en cuenta las pruebas presentadas y las alegaciones hechas por los respectivos apoderados de los opositores y por el apoderado del "Sindicato de Inversiones, S. A." y el señor Procurador Delegado, resulta que no hay bases legales suficientes para declarar fundada la oposición del señor Juan Ortiz Garay ni la de la señora Victoria Peralta de Ibáñez, y sí las hay para declarar fundada la de la Compañía "Richmond Petroleum Company of Colombia".

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla así:

1º Declárase que es fundada la oposición de la Compañía "Richmond Petroleum Company of Colombia" a la propuesta de contrato hecha al Gobierno Nacional por el "Sindicato de Inversiones, S. A." por medio de memoriales de 22 de enero y 6 de abril de 1937 sobre exploración y explotación de petróleos en los terrenos a que se refieren esos memoriales y que se han descrito al principio de esta sentencia, oposición que formuló la Compañía por medio de su apoderado doctor Pedro María Carreño en memorial presentado ante el Ministerio de Industrias y Trabajo, hoy de la Economía Nacional, el día 16 de agosto de 1937.

2º Declárase que no es fundada la oposición a la propuesta de contrato a que se refiere el punto anterior hecha por el señor Juan Ortiz Garay en memorial presentado ante el Ministerio de Industrias y Trabajo, hoy de la Economía Nacional, el 24 de julio de 1937.

3º Declárase que no es fundada la oposición a la propuesta de contrato a que se refieren los dos puntos anteriores hecha por la señora Victoria Peralta de Ibáñez, por medio de su apoderado doctor Antonio José Pantoja, en memorial presentado ante el Ministerio de Industrias y Trabajo, hoy de la Economía Nacional, el día 15 de agosto de 1937.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de la Economía Nacional.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno. — Mario Cajiao, Srio. en ppdad.

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS.—TITULOS ANTERIORES AL AÑO DE 1821.

Conforme a la Ley 200 de 1936, artículo 4º, el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno podrá comprobarse en una de estas formas: a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal; b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado, y c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio emanado del Estado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Brian Berey Parry, Gerente Primer Suplente de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, dio aviso al Ministerio de la Economía Nacional de que en virtud del contrato celebrado con la sociedad colectiva de comercio de Francisco Vargas & Hermanos, domiciliada en Bogotá, que consta en la escritura número 3,013 de 12 de noviembre de 1937, desea la Compañía avisante efectuar trabajos de exploración con taladro, en busca de petróleo de propiedad particular, en la finca denominada "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande", que comprende además el potrero denominado "San Mateo", ubicada en el Municipio de Armero, Departamento del Tolima, de propiedad de los mencionados señores Francisco Vargas & Hermanos, según títulos acompañados al memorial y los correspondientes certificados del Registrador de Instrumentos Públicos. En el memorial se señalaron los siguientes linderos de la finca, integrada con el potrero de "San Mateo" a que se ha hecho referencia:

"De la punta del cerro de Guacamayero, línea recta a la punta del cerro de Cañadas, de allí por todo el cerro a dar al origen de la quebrada de La Polvosa, desaguando en Guarinocito, frente a la peña negra de Gaspar, subiendo el cerro hasta enfrentar al origen de la quebrada Palanco; de allí al desagüe de la quebrada Seca y aguas abajo hasta enfrentar al primer lindero del cerro de Guacamayero".

Se acompañó el plano de los terrenos y en memorial de fecha 18 de febrero de 1939, el señor Abraham Westerduin, Gerente Segundo Suplente de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, manifestó al Ministerio que la extensión superficiaria de la finca "Buen Retiro", "Hidalgo" y "Hato Grande" es de 3,372 hectáreas con 7,000 metros cuadrados. También dio aviso dicho señor al Ministerio de la localización precisa del pozo que se denominará "Hato Nº 1", que la Compañía perforará en busca de petróleo en la finca nombrada, una vez que se declaren cumplidas por su parte las formalidades previas que establece la ley.

De la solicitud se corrió en el Ministerio el traslado legal al señor Procurador General de la Nación, quien expresó el concepto de que la Compañía no ha acreditado de conformidad con el ordinal a) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936 que el petróleo que pueda existir en la finca denominada "Buen Retiro", "Hidalgo" y

"Hato Grande" sea de propiedad privada de la sociedad colectiva de comercio Francisco Vargas & Hermanos. La disposición citada por el señor Procurador exige que al aviso se acompañe "el título emanado del Estado con anterioridad al 2º de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia".

La Junta Asesora de Petróleos también expresó su concepto adverso al aviso y el Ministerio, en Resolución de 31 de marzo del año pasado, decidió enviar el aviso de exploración con perforación de que se ha hecho mérito a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que esta entidad resuelva si es o no fundada la pretensión de la Compañía avisante.- El Ministerio se apoyó para su decisión en los conceptos del Procurador y de la Junta Asesora de Petróleos sobre la falta de la prueba a que se refiere el ordinal a) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, pero estimó que "se han llenado los demás requisitos legales y se ha establecido en debida forma la existencia de la compañía avisante, la personería de su representante y el legítimo derecho de la misma compañía para realizar las exploraciones con perforación proyectadas, de ser el subsuelo del terreno de propiedad privada".

El señor Hendry Stuart Mackenzie Burns, Gerente de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, pidió reposición de la Resolución anterior, pero le fue negada por el Ministerio en proveído de fecha 14 de junio del año pasado.

El negocio fue enviado a esta Sala, para que decida, como se ha visto por la Resolución del Ministerio, si se ha presentado el título emanado del Estado con anterioridad a 1873 que acredite la propiedad privada del petróleo que pueda existir en los terrenos mencionados. Los señores Francisco Vargas & Hermanos y el señor Gerente de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, confirieron poder a los doctores Carlos Holguín, Rubén Jaramillo Arango y Benjamín Acosta Sánchez para representar a dichas entidades en este juicio. Reconocidos los apoderados, asumió la personería el doctor Holguín, quien pidió varias pruebas durante el término señalado por la Sala. Tanto el doctor Holguín como el doctor Carlos J. Medellín, Procurador Delegado en lo Civil, presentaron en oportunidad sus alegatos.

El día veintidós de febrero de este año, la Sala practicó las inspecciones oculares con peritos en la finca denominada "Buen Retiro" ,"Hidalgo" y "Hato Grande" y en la Notaría de Honda, de las cuales se hablará más adelante. A estas diligencias asistieron los Magistrados de la Sala, el señor Procurador Delegado en lo Civil, los apoderados de la Compañía, los peritos principales doctores José Manuel Escobar Pizano y Heladio Cifuentes y el doctor Pablo E. Lucio, tercero, el señor Eusebio Vargas y el Secretario doctor Francisco Niño Torres.

Relación de los títulos presentados con el aviso.

1º Copia de la escritura número 3,013 de 12 de noviembre de 1937 de la Notaría Cuarta de Bogotá, que contiene el contrato de arrendamiento celebrado entre Francisco Vargas & Hermanos y la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, sobre la finca de "Buen Retiro", "Hidalgo" y "Hato Grande" (con registro).

2º Copia de la escritura número 83-bis de 14 de enero de 1937, de la Notaría Segunda de Bogotá, que contiene la prórroga de la sociedad colectiva de comercio Francisco Vargas & Hermanos, y certificado de la Cámara de Comercio sobre existencia actual de la sociedad (con registro).

3º Copia de la escritura número 915 de 3 de abril de 1936, de la Notaría Segunda de Bogotá, que contiene la reforma de la sociedad Francisco Vargas & Hermanos (con registro).

4º Copia de la escritura número 794 de 10 de marzo de 1927, de la Notaría Segunda de Bogotá, que contiene la cons-

titución de la sociedad Francisco Vargas & Hermanos (con registro).

5º Copia de la escritura número 783 de 10 de marzo de 1927, de la Notaría Segunda de Bogotá, que contiene la disolución y liquidación de la sociedad Francisco Vargas & Hermanos (con registro).

6º Copia de la escritura número 463 de 2 de marzo de 1916, de la Notaría Segunda de Bogotá, que contiene la disolución y liquidación de la Sociedad Francisco Vargas & Hermanos (con registro).

7º Copia de la escritura número 89 de 15 de enero de 1916, de la Notaría 2ª de Bogotá, de constitución de la sociedad Francisco Vargas & Hermanos (con registro).

8º Copia de la escritura número 285 de 20 de febrero de 1911 de la Notaría 2ª de Bogotá, que contiene la constitución de la sociedad Francisco Vargas & Hermanos (con registro).

9º Copia de la escritura número 284 de 20 de febrero de 1911 de la Notaría 2ª de Bogotá, que contiene la disolución y liquidación de la sociedad Francisco Vargas & Hermanos (con registro).

10. Copia de la escritura número 941 de 7 de julio de 1906 de la Notaría 2ª de Bogotá, sobre constitución de la sociedad Francisco Vargas & Hermanos (con registro).

11. Copia de la escritura número 278 de 19 de mayo de 1889, de la Notaría 4ª de Bogotá, que contiene la cesión que el doctor Aparicio Saavedra hace a la sociedad Francisco Vargas & Hermanos de las cuatro quintas partes de la hacienda denominada "Buen Retiro", "Hidalgo" y "Hato Grande", con el potrero de San Mateo comprendido en ella (con registro).

12. Copia de la escritura número 169 de 9 de febrero de 1898 de la Notaría 2ª de Bogotá, que contiene la cesión que el doctor Aparicio Saavedra hace a la sociedad Francisco Vargas & Hermanos de la quinta parte de la hacienda de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande" (con registro).

Tanto las cuatro quintas partes de que se habla en la escritura número 278, como la quinta parte restante de que se habla en la escritura número 169, las adquirió el doctor Aparicio Saavedra por remate efectuado en el juicio ejecutivo seguido por Saavedra como cesionario de Francisco Vargas & Hermanos, contra el señor Federico López Lema, ante el Juzgado Primero de Honda (Circuito), con fechas 22 de octubre de 1887 y 16 de agosto de 1897.

13. Copia de la escritura número 416 de 23 de agosto de 1899 de la Notaría de Honda, que contiene la venta que hace la señora María Josefa Viana de Perdomo a la sociedad Francisco Vargas & Hermanos, de todos los derechos y acciones que a la otorgante le correspondan a cualquier título en el globo de terreno conocido con el nombre de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande" (con registro).

14. Copia de la escritura número 1865 de 20 de octubre de 1897 de la Notaría 2ª de Bogotá, que contiene la venta que José Manuel Restrepo hace a la sociedad Francisco Vargas & Hermanos de todos los derechos y acciones que el expresado Restrepo adquirió de la señora Lastenia Viana de Ribón, según escritura número 349 de 2 de agosto de 1897, de la Notaría de Honda (con registro).

15. Escritura número 349 de 2 de agosto de 1897 de la Notaría de Honda, que contiene la venta que Lastenia Viana de Ribón hace a José Manuel Restrepo de todos los derechos y acciones hereditarios que a la otorgante le correspondan en las herencias o sucesiones de sus finados padres naturales Lorenzo Antonio Viana y Segunda Ibáñez y en la de sus hermanos naturales Marco Antonio, Marco Aurelio, Juan Bautista, José Mateo y Wenceslao Viana, hijos de la vendedora y Wenceslao de la mencionada señora Ibáñez y de Lorenzo Antonio Viana y los cuatro restantes hijos de la misma señora Ibáñez y del señor Mateo Viana (con registro).

16. Copia expedida por la Secretaría del Juzgado Primero del Circuito de Honda, que contiene el acta de remate de la

quinta parte de la hacienda de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande", de fecha 16 de agosto de 1897 y del auto aprobatorio del remate de fecha 13 de octubre del mismo año (con registro).

17. Copia de la escritura número 345 de 11 de diciembre de 1889 de la Notaría de Honda, que contiene la protocolización de la diligencia de remate de las cuatro quintas partes de la hacienda de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande" con el terreno de San Mateo (con registro). En este remate se adjudicó al doctor Aparicio Saavedra la finca ya nombrada de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande".

18. Copia de la escritura número 558 de 4 de mayo de 1888, de la Notaría de Honda, que contiene la venta del señor Roque Brizneda al señor José Manuel Restrepo de los derechos y acciones que adquirió o pudo adquirir al terreno denominado San Mateo (con registro).

19. Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Honda, en el cual consta que se halla inscrito en el libro de registro número 1º del año 1884, bajo la partida número 244, el auto aprobatorio del remate por el cual se adjudicó al rematador señor Roque Brizneda el terreno de San Mateo, en el juicio ejecutivo promovido por Manuel Gutiérrez contra Juan Pulecio y su esposa María Viana. Junto con el auto aprobatorio que tiene fecha 5 de mayo de 1884, se halla registrada la diligencia de entrega de dicho terreno al señor Roque Brizneda.

20. Copia de la escritura número 548 de 31 de agosto de 1883, que contiene el testamento otorgado por la señora Segunda Ibáñez en el cual instituye por herederos universales a sus hijos Lastenia, Marco Antonio y Juan y a los descendientes de su hijo Wenceslao; y declara tener derechos y acciones por la defunción de sus hijos Aurelio y Mateo en la hacienda de "Buen Retiro". Esta escritura es de la Notaría de Honda (con registro).

21. Copia de la escritura número 331 de 12 de agosto de 1879, de la Notaría de Honda, que contiene la venta que los señores José Bernardino y Mercedes Viana hacen al señor Federico López Lema de todos los derechos que tienen adquiridos a virtud de la donación "que con otros partícipes les fue hecha por su padre natural señor Mateo Viana, por escritura pública de veintidós de junio de 1872, número 76, otorgada en esta misma Notaría, en nombre y representación del señor Diego Antonio Viana", derechos que se encuentran radicados en la finca de "Hidalgo y Buen Retiro" (con registro).

22. Copia de la escritura número 38 de 28 de octubre de 1873, de la Notaría de Honda, que contiene la donación que el señor Mateo Viana hace a su hija natural María de la O. Viana, esposa legítima de Juan Pulecio, de un globo de tierra compuesto de pastos artificiales, y en donde declara el donante "que dichos terrenos son los mismos que por escritura número 64, fecha 21 de junio de 1872, le otorgó poder su hermano Diego Antonio Viana para disponer de ellos en favor de sus hijos" (con registro).

23. Copia de la escritura número 66 de 22 de junio de 1872 de la Notaría de Honda, que contiene la donación de Mateo Viana, con poder de Diego Antonio Viana a sus hijos (los de Mateo), Nicolás, Marco Aurelio, Marco Antonio y Juan Bautista, María de la O. y Mercedes, y José Bernardino y Rudesinda, de la hacienda de "Hidalgo y Buen Retiro". En la misma escritura se encuentra inserto el poder otorgado por Diego Antonio Viana a Mateo Viana para que hiciera la donación (con registro).

24. Copia de la escritura número 160 de 24 de diciembre de 1853 de la Notaría de Honda, que contiene la donación que hace el señor Diego Antonio Viana a los hijos de su hermano el señor Mateo Viana llamados Josefa, Felisa, Mercedes y Nicolás hijos de la finada señora María Luisa Duarte; y Aurelio, Marco Antonio, Juan Bautista y José Mateo hijos de la señora Segunda Ibáñez, "de su ha-

cienda de Hidalgo hoy llamada Buen Retiro" (con registro).

25. Copia de la escritura número (sin) de 30 de mayo de 1849, de la Escribanía Pública del Cantón de Honda, que contiene la venta que Mateo Viana hace a Diego Viana de la hacienda llamada Hidalgo (con registro).

26. Copia de la escritura sin número de 19 de agosto de 1837, de la Escribanía Pública del Cantón de Honda, que contiene el poder especial que Juan Montero hace a uno de los procuradores del número de la ciudad de Bogotá para que en su nombre concluya el pleito que tiene pendiente sobre la posesión y propiedad de las tierras de "Hidalgo y Hato Grande".

27. Copia de la escritura sin número de 13 de julio de 1830 de la Escribanía Pública del Cantón de Mariquita, que contiene el poder que Marcelino Escandón le confiere al señor Mateo Viana, para que a su nombre y representación pueda seguir la litis que tiene pendiente con el señor Juan Montero por "las tierras nombradas 'Hato Grande e Hidalgo', que tiene y posee por fallecimiento de la señora Antonia Escandón, su legítima madre".

28. Copia de la escritura sin número de 3 de agosto de 1830 de la Escribanía Pública del Cantón de Mariquita, que contiene el reconocimiento de un censo redimible de $ 500 que hace Juan Montero a la Santa Iglesia Parroquial, fincados sobre las tierras nombradas "Hato Grande e Hidalgo", que poseían las señoras Antonia y Ana María Escandón (ya difuntas), quienes las habían vendido al señor Juan Bautista de Esmenard (con registro).

29. Copia de la escritura sin número de 3 de julio de 1830 de la Escribanía Pública de Honda, que contiene la venta que José Ignacio Lucena apoderado sustituto del señor Juan Bautista d'Esmenard hace al señor Juan Montero de las tierras intituladas "El Hato Grande e Hidalgo", que "compró dicho señor d'Esmenard a las señoras María Antonia y Ana María Escandonas sus propietarias", por escritura otorgada en la ciudad de Mariquita en 13 de octubre de 1824 (con registro).

30. Certificado del Notario Público Principal del Circuito de Honda, de fecha 26 de agosto del pasado año, en que consta que en el protocolo correspondiente al año de 1824, de Mariquita, que se encuentra en esa Notaría, no aparece ninguna escritura con fecha 13 de octubre de dicho año; que los folios 58 a 63 del mismo protocolo no aparecen en el cuaderno de dicho año, según lo advirtió el Alcalde de Mariquita al remitir a la Notaría de Honda dicho cuaderno; y que en el expresado protocolo aparece una escritura de fecha 8 de octubre de 1824 a los folios 55 a 57 vuelto y otra de fecha 16 de octubre del mismo año al folio 65, quedando, pues, comprendida dentro de estas dos fechas la de 13 de octubre de 1824, a que se alude en el punto anterior, y que corresponde a los folios que faltan en el protocolo referido.

31. Copia de la escritura sin número de 9 de marzo de 1818 otorgada ante el Alcalde Ordinario de San Sebastián de Mariquita que contiene el reconocimiento que don Miguel Escandón como principal y doña Antonia y doña Ana María Escandón, como fiadoras, hacen "a favor del convento de nuestro seráfico padre San Francisco" de un censo de 250 patacones, fincados sobre las tierras de "Hato Grande" (con registro).

32. Copia de la escritura sin número de 24 de abril de 1809 de la Escribanía de Mariquita, que contiene el reconocimiento que el señor don Miguel Díaz y Escandón hace de un censo redimible e hipoteca para responder por él tierras en el "Hato Grande" en el sitio que llaman "Hidalgo" (con registro).

33. Copia de la escritura sin número de 17 de abril de 1809 otorgada en la Escribanía Pública de San Sebastián de Mariquita, que contiene el reconocimiento de don Miguel Díaz Escandón y Lizano, de un censo fincado sobre las tierras

y ganados de la hacienda de "Hidalgo" (con registro).

Análisis de otras pruebas

La relación anterior de los títulos presentados constituye una cadena completa desde el año de 1809. El señor Procurador Delegado en lo Civil, de acuerdo con lo dicho por el señor Ministro de la Economía Nacional, dijo con fecha 3 de agosto de 1919, que aún admitiendo que se deben reconocer como títulos emanados del Estado los títulos traslaticios de dominio entre particulares, anteriores a la vigencia de la Ley de 13 de octubre de 1821, no puede admitirse que la Compañía ha presentado la prueba de esas transferencias por las siguientes razones:

"Entre las escrituras presentadas solamente tres, otorgadas en la ciudad de San Sebastián de Mariquita, son de fechas anteriores al año de 1821: la de 17 de abril de 1809; la de 24 de los mismos, y la de 9 de marzo de 1818. Pero tales escrituras, ilegibles en gran parte, se hallan muy lejos de ser títulos de enajenación particular del dominio de los inmuebles a que el aviso de exploración se refiere, para que pudieran quedar comprendidas en las disposiciones de la Ley de 1821. Por los instrumentos en referencia no se hizo sino constituír unos censos sobre terrenos que, si bien de nombre igual a los que son materia del aviso, aparecen desprovistos de toda demarcación. No son, por tanto, títulos de propiedad.

"De suerte, pues, que la verdadera titulación de dominio presentada por la Compañía no arranca sino de 1830 (3 de junio). Y como de allí en adelante no hay tampoco título emanado del Estado con anterioridad a 1873, síguese que dicha titulación no acredita la propiedad particular del petróleo en los terrenos materia del aviso".

Sobre lo anterior se observa:

Como lo acepta el señor Procurador en su concepto de que se hablará más adelante, durante el término de prueba se completó la documentación presentada por la Compañía en forma que llena las exigencias legales para declarar que se trata de terrenos que salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que, por tanto, el petróleo que en tales terrenos pueda existir, es de propiedad privada.

El Jefe del Archivo Histórico Nacional, por orden del Ministerio de Educación Nacional y a petición de la Sala, envió copia de varios documentos tomados del "Testimonio de los títulos y vista de ojos de las tierras del Hato Grande y posesión de ellas a Don Juan Esteban Lizano, dada en 28 de septiembre de 1746 años".

Estos documentos hacen plena prueba acerca de su contenido, de conformidad con el artículo 632 del C. J. Además, el artículo 29 de la Ley 40 de 1932, les da a las copias expedidas por el Jefe del Archivo Nacional los mismos efectos y fuerza de las autorizadas por los Notarios.

Los títulos que figuran en la copia enviada por el señor Jefe del Archivo Nacional, son los siguientes:

1º La merced de una estancia de ganado mayor en el "Hato Grande" hecha por el Cabildo de Mariquita al señor Martín de Caicedo el día 28 de septiembre de 1559.

2º La merced de una estancia de ganado mayor en el sitio que dicen del "Hato Grande" hecha por el mismo Cabildo de Mariquita al señor Sebastián López el día 28 de septiembre de 1559.

3º Además, en los dos títulos anteriores aparece claramente que en esa época ya se habían hecho otras adjudicaciones por el Estado, pues aquellas se concedieron en las "sobras" de lo que allí tenía el Capitán Juan López, padre de uno de los adjudicatarios.

4º Los títulos anteriores y otros relativos a la tradición del inmueble entre particulares hasta esa fecha, le fueron confirmados al señor Hernando Saucedo en virtud de dos autos proferidos por el señor don Juan de Borja, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Gra-

nada y Presidente de la Real Audiencia el día 10 de abril de 1619.

5º Existe también la composición de las tierras del "Hato Grande" del señor Andrés López Delgado, quien en el año de 1634 presentó al teniente Corregidor de Mariquita los títulos de sus tierras manifestando que lo hacía en cumplimiento de lo ordenado por el señor Visitador General del Reino. Después de varias diligencias, avalúos, etc., aparece la constancia del pago de la composición de las tierras de la señora doña Inés de Herrera, viuda del citado Andrés López Delgado, el 1º de mayo de 1640.

6º Un juicio adelantado por el señor Juan Esteban Lizano contra doña Ignacia Gutiérrez, basado en que a ésta se le había dado una posesión ilegal de las tierras de aquél, causándole despojo, sin haber sido debidamente citado. Lizano presentó sus títulos para comprobar su derecho. "Pidió una "vista de ojos" y el reconocimiento de los linderos de la finca. Además, recusó a uno de los Alcaldes de Mariquita y al escribano.

Por medio del Decreto dictado por el Corregidor y Justicia Mayor de Honda el 9 de septiembre de 1746, se declaró injustificada la posesión que el Alcalde de Mariquita había dado a Ignacia Gutiérrez y por tanto viciada de nulidad esta diligencia, se admitió la acusación del Alcalde, señor de Figueroa y del Escribano Fernández y se ordenó al señor don Agustín Tomás Correcha, Alcalde de Mariquita, que practicara la "vista de ojos" y diera la posesión a quien correspondiera, en vista de los títulos.

En cumplimiento de lo anterior y habiendo citado a todos los vecinos o colindantes, se practicó en el sitio de Hidalgo el 28 de septiembre de 1746 la "vista de ojos" y se dio posesión judicial de las tierras de "Hato Grande", por linderos y con todas las formalidades legales al señor Juan Esteban Lizano. La diligencia respectiva, dice así:

"En el sitio de Hidalgo, términos y jurisdicción de la ciudad de Mariquita en veinte y ocho de septiembre de mil setecientos cuarenta y seis años para la posesión mandada dar por los autos antecedentes, su merced el señor don Agustín Tomás Correcha, alcalde ordinario más antiguo de dicha ciudad, vino a este sitio en conjunto con don Juan Esteban Lizano y Nos los acompañados y el doctor don Fernando Díaz de Escandón, presbítero, lindante, y de Ventura Caicedo, Jerónimo Meneses, Feliciano Pacheco y otros muchos que tienen conocimiento de los límites y linderos de las tierras del Hato Grande, que fueron de don Pedro Serrano Espejo y de don Alfonso Verdugo Portoes, difunto, preguntados que fueron dichos veedores cual fuesen los linderos que corresponden por la frente del río grande de la Magdalena, dijeron que según el conocimiento que tienen es una piedra negra, cogiendo de ésta para Guarinocito siguiéndolo hasta el desemboque de una quebrada seca que sale de la loma del cerro de las Burras, y por la parte que le corresponde al río de Sabandija, siguiendo dicha loma hasta el cerro que está sobre el potrero de las Burras y del picacho donde mandó su merced lo condujesen, y habiéndose ejecutado estando en el dicho cerro mirando para la frente del cerro nombrado Guacamayero, según rezan los títulos al de la Guásima y por la frente (al margen dice: Ojo a los linderos), que corresponde a los Reales de Lajas tomando un picacho montuoso que está en el medio de dicho cerro de la Guásima por la frente del Cabuyal a un mojón de piedras que está en la Sabana, y de él a la boca de la quebrada de Palanco en la Seca y de esta por la quebrada que llaman del Rodeo al cerro de Lumbí por el lado que corresponde a Mariquita, cogiendo derecera por la cumbre y faldas de dicho cerro de Lumbí, hasta volver a dar con dicha piedra negra, en cuyos sitios y circuitos le pusieron dichos veedores con asistencia de los lindantes y no habiendo contradicción alguna por ser conforme a los instrumentos presentados, mandó su merced se le diese posesión al expresado don Juan Esteban Lizano de las referidas

tierras del Hato Grande, según consta señalamiento de linderos por los cuales le cogió de la mano y paseó por ellos y en señal de verdadera posesión, arrancó yerbas, tiró piedras, cortó ramas y se revolcó en cada uno de dichos linderos por lo que le aprehendió real, corporal, cuasi, volcúasi, y la firmó con el expresado doctor y don Simón Rodríguez de la Portela, excepto los demás que dijeron no saber de que yo el escribano doy fe, y lo firmamos con dicho acompañado".

Se observa que a través de los tiempos y de las distintas titulaciones, los terrenos han conservado el mismo nombre y que los linderos mencionados en esta importante diligencia de posesión, son los mismos que tienen hoy los terrenos, con las modificaciones que se explican por la circunstancia de que la finca materia del aviso es más pequeña que la que se entregó a don Juan Esteban Lizano el 28 de septiembre de 1746. Los puntos citados en los linderos fueron reconocidos en la diligencia de inspección ocular practicada por la Sala, como se verá más adelante.

Los documentos mencionados son un título completo originario del Estado, que demuestra plenamente que los terrenos salieron de su patrimonio, por las mercedes concedidas por el Cabildo de Mariquita, por la ratificación posterior de ellas y por el fallo dado en juicio por las autoridades correspondientes, después de haber estudiado todos los títulos de dominio particular desde el año de 1559, de haber oído a todos los colindantes y de haber llenado todos los requisitos de la ley, fallo que terminó con la posesión material dada en términos definitivos y concluyentes. En el estudio de títulos antiguos sobre terrenos petrolíferos es difícil encontrar una documentación tan copiosa y tan completa sobre el dominio particular como la que ha presentado en este juicio la Compañía de Petróleo Shell de Colombia. Por consiguiente, la exigencia del ordinal a) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936 se ha llenado satisfactoriamente, con prueba más completa que la exigida por esa disposición, porque no sólo se ha presentado un título emanado del Estado, sino un título originario.

Durante el término de prueba se trajo a los autos copia de la escritura sin número otorgada por el Escribano público de San Sebastián de Mariquita el 31 de octubre de 1804, que contiene el testamento de don Diego Alfonso Lizano, en el cual se mencionan las tierras de "Acto Grande" e "Idalgo" y de la escritura sin número de 22 de abril de 1805, otorgada ante el Escribano público de Mariquita, que contiene la constitución de una hipoteca sobre "Idalgo" hecha por don Diego Alfonso Lizano.

El alcance de la ley de 11 de octubre de 1821.

Para el estudio de los títulos de terrenos petrolíferos es de trascendencia fijar el alcance de la ley de 11 de octubre de 1821, porque se ha sostenido por la Procuraduría que los terrenos cuyos títulos no fueron registrados de conformidad con sus disposiciones, se reincorporaron al dominio de la República.

La ley mencionada estableció lo siguiente:

"Artículo 12. Se creará en la capital de la República una oficina de agrimensura general, y una particular en cada provincia, en que se registren las propiedades rurales de todos los ciudadanos y extranjeros residentes en las expresadas provincias.

"Artículo 13. Dentro de cuatro años contados desde la publicación de la presente ley, todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada provincia, y desde este tiempo ningún juez ni escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, sin que se acompañe un certificado del agrimensor de haberlo así verificado.

"Artículo 14. Si pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras si fueron adquiridas por merced o composi-

ción, se reincorporarán al dominio de la República, y si fueron adquiridas por compras sucesivas y otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios".

La Sala de Negocios Generales, en sentencia de fecha primero de diciembre del año pasado, dijo lo siguiente:

"La ley de 11 de octubre de 1821 (número 60 de orden en la Codificación Nacional), fue la primera que se dictó sobre baldíos con el fin de fomentar la agricultura, la enajenación de baldíos a precios cómodos y la conveniente separación del patrimonio nacional del de los particulares. Para este último fin se ordenó levantar planos de las propiedades por los agrimensores de las provincias, "con expresión de las fanegadas, estancias, celemines o cuartillos de tierra de que conste la propiedad territorial", diligencias que jamás se practicaron.

"En la ley mencionada se reconoció una situación de hecho: la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced o composición o por compras sucesivas u otros títulos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese hecho, como una base jurídica o como un punto de partida necesario para aclarar en una forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. Así lo hizo la Comisión del Senado, según los antecedentes de la última ley del petróleo y también el Congreso Nacional al expedir la Ley 200 de 1936, que establece en su artículo 4º que el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno podrá acreditarse, en una de estas formas:

"a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

"b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado; y

"c) CON LA EXHIBICION DE UN TITULO TRASLATICIO DE DOMINIO EMANADO DEL ESTADO CON ANTERIORIDAD AL 11 DE OCTUBRE DE 1821".

"Las oficinas de agrimensura no se crearon, según la investigación hecha por varios expositores, y en ninguna oficina se conservan registros hechos de conformidad con aquella ley, que posiblemente en esta parte se quedó escrita, por causa de las dificultades de orden fiscal que atravesaba la República en la primera época de su organización. Por consiguiente, no es posible hacer recaer hoy, después de más de un siglo de expedida dicha ley, la sanción de reincorporar al dominio de la República las tierras adquiridas por merced o composición cuyos títulos no fueron registrados en las oficinas de agrimensura, y mucho menos sobre las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, respecto de los cuales sólo se disponía que el registro se haría practicar por el Gobierno a expensas de los propietarios".

Por el estudio que se ha hecho de este negocio se llega a la conclusión de que se presentó el título originario del Estado que comprueba que los terrenos materia del aviso salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, consistente dicho título en las mercedes otorgadas por el Cabildo de Mariquita, reconocidas por los demás documentos de que se ha hecho mención. Pero si no bastara eso, habría por otra parte que llegar a la conclusión de que existen en el expediente títulos suficientes emanados del Estado, como lo exige el ordinal a) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, para comprobar la propiedad particular de los terrenos con anterioridad al año de 1873, de conformidad con la interpretación de la Ley 11 de octubre de 1821 hecha por la Corte en la sentencia transcrita. Esos títulos son los que se mencionan en la copia enviada por el jefe del archivo nacional, sobre transferencias del dominio de los terrenos en varios siglos, desde el año de 1559, los demás acompañados a la demanda y los allegados a los autos durante el término de prueba.

La determinación precisa de los terrenos

El ordinal c) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, exige la determinación precisa del terreno de que se trata. La misma disposición autoriza al Ministerio para que a costa del interesado verifique sobre el terreno la exactitud de la identificación presentada. En el caso presente esa verificación se llevó a cabo a petición de la compañía avisante durante el término de prueba con un resultado plenamente satisfactorio. Se identificaron por la Sala los puntos principales de los linderos, que se mencionan en todos los títulos desde época remota. El veintidós de febrero pasado se practicó una inspección ocular por la Sala, con asocio de peritos, en el municipio de Armero, donde se halla ubicada la finca denominada "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande". En el acta de la diligencia consta que la Sala pudo constatar, por las declaraciones de los testigos Telmo Lozano y Félix Avendaño, recibidas durante la inspección, y por otros datos, que los diversos puntos que se mencionan en los títulos, o sean "El Cerro de Guacamayero", "El Cerro de Cañadas", "La Quebrada de la Polvosa", "Guarinocito", "La Peña Negra de Gaspar", "La Quebrada de Palanco" y "La Quebrada Seca", son determinables sobre el terreno. Igualmente pudo constatar, por las declaraciones de los testigos sobre la ubicación de los diversos puntos de los linderos, que el lote mencionado en el memorial de aviso está debidamente determinado y forma parte del terreno que fue objeto de actos y contratos contenidos en los títulos antiguos que obran en autos; pero sobre este punto la Sala dejó constancia de que para formar concepto definitivo esperaba el dictamen de los peritos. Estos lo rindieron de común acuerdo en los siguientes términos:

"ESTUDIO DE TITULOS. Del estudio detenido de los títulos y documentos presentados al Ministerio y de los solicitados en el memorial de pruebas, se deduce la siguiente clasificación: las escrituras números 3013 de 12 de noviembre de 1937, 194 de 10 de marzo de 1927, 783 de 10 de marzo de 1927, 285 de 20 de febrero de 1911, 941 de 7 de julio de 1906, 416 de 23 de agosto de 1899, 169 de 9 de febrero de 1898, 1865 de 20 de octubre de 1897, 349 de 2 de agosto de 1897, 345 de 11 de diciembre de 1889, 273 de 19 de mayo de 1889 y 160 de 24 de diciembre de 1863, establecen los linderos de un globo de terreno así: "De la punta del cerro de Guacamayero, línea recta a la punta del cerro de Cañadas, de allí por todo el cerro a dar al origen de la quebrada de la Polvosa, descargando en Guarinocito, frente a la peña negra de Gaspar, subiendo el cerro hasta enfrentar el origen de la quebrada de Palanco; de allí al desagüe en Quebrada Seca, y aguas abajo hasta enfrentar al primer lindero del cerro de Guacamayero"; linderos que concuerdan con los descritos en el memorial de aviso presentado por la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, con fecha 27 de octubre de 1938 al deslindar la finca denominada "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande" con el potrero de "San Mateo". En igual forma, el acta de remate del 16 de agosto de 1897 describe los linderos de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande".

"Las escrituras números 558 de 4 de mayo de 1888, 38 de 28 de octubre de 1873, y el certificado del Registrador de Instrumentos públicos de Honda, sobre la partida número 244 del año de 1884, (libro de registro, tomo primero), describen los linderos de un lote de terreno llamado "San Mateo", que queda comprendido dentro de los linderos generales descritos en el memorial de aviso, y en las escrituras atrás enumeradas.

"Las escrituras números 331 de 18 de agosto de 1879, sin número de 30 de mayo de 1849, y sin número de octubre de 1824, deslindan globos de terreno de mayor extensión, dentro de los cuales queda comprendida la finca actual de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande".

"La escritura sin número de 20 de agosto de 1831 se refiere a un globo de

terreno que es el mismo que hoy constituye la finca de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande", con la sola diferencia de que al describir los linderos en lugar de hablar de la quebrada de "Palanco", habla de la quebrada de "El Rodeo", quebrada que desemboca en Quebradaseca, un poco más arriba de la de "Palanco" (según consta en el acta de la diligencia), lo que hace presumir que dicho globo de terreno era ligeramente mayor que la finca actual de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande".

"En la diligencia de posesión de las tierras de Hato Grande de 28 de septiembre de 1746 (Archivo Nacional) se describen los linderos de un globo de terreno dentro del cual queda comprendida la finca actual de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande", pues nombra puntos conocidos e identificables de los linderos actuales.

"INSEPECCION SOBRE EL TERRENO. Teniendo a la vista el plano de la finca de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande" con el potrero de "San Mateo", que obra en autos, identificamos sobre el terreno, por las declaraciones de los testigos citados a la diligencia, los diversos puntos de los linderos que se mencionan en los títulos referentes a la dicha finca.

"CONCLUSIONES. Por todo lo expuesto, CONCEPTUAMOS:

PRIMERO. Si son determinables sobre el terreno los diversos puntos que se mencionan en los títulos presentados al Ministerio y en los que se pidieron en el memorial de pruebas, sobre la finca denominada "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande".

SEGUNDO. La finca llamada "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande" con el potrero de "San Mateo", sí está debidamente determinada y dicha finca corresponde al lote que fue objeto de los actos y contratos contenidos en algunas de las escrituras antiguas, y en las otras, forma parte de dicho lote".

El anterior dictamen fue rendido por los peritos de manera unánime; aquellos son ingenieros competentes y de reconocida fama; las partes depositaron en ellos su confianza y desempeñaron su encargo con toda imparcialidad. Por tanto, de conformidad con el artículo 723 del C. J., la Sala le da el valor de prueba plena, pues está corroborado por otras pruebas y por las observaciones hechas directamente por los Magistrados en la diligencia de inspección ocular.

El concepto del señor Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Carlos J. Medellín, con fecha cuatro de los corrientes dio su concepto final sobre este negocio. Dice aquel alto funcionario en su interesante alegato, que transcurrido el debate probatorio, la situación jurídico procesal del negocio, en orden a los elementos generadores de la propiedad privada del petróleo en Colombia, ha cambiado fundamentalmente. Se refiere a la entrega que se hizo de las tierras del "Hato Grande" a don Juan Esteban Lizano, el 28 de septiembre de 1746, por funcionarios oficiales y con base en títulos emanados del Estado, como son los que se relacionan en la primera parte de las copias y termina así:

"La documentación en referencia demuestra, a juicio de la Procuraduría, que las tierras comprendidas en la expresada demarcación salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, para los efectos del artículo 10 de la Ley 160 de 1936".

Dice el señor Procurador que queda por examinar si los terrenos denominados hoy "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande", que son materia del aviso de exploración, están comprendidos en las tierras del Hato Grande entregadas por el Estado Español a don Juan Esteban Lizano, según la mencionada documentación pública. Transcribe las conclusiones del dictamen y define la cuestión en los siguientes términos:

"Los peritos que tal concluyen son expertos ingenieros, de reconocida larga práctica en esta clase de labores, de indiscutible probidad, y en ellos las partes

depositaron toda su confianza. Si a esto se agrega la unanimidad, la precisión y la certidumbre de sus conclusiones, no puede menos de reconocerse al dictamen una gran fuerza probatoria dentro de la relatividad de que trata el artículo 723 del Código Judicial.

"La Honorable Sala dijo reservar su juicio definitivo acerca del hecho de que se trata para cuando los peritos rindieran su dictamen. Si con el auxilio de este elemento a la propia y directa observación llevada a efecto sobre el terreno llegáreis a la conclusión de que el inmueble materia del aviso hace parte del que fue entregado a don Juan Esteban Lizano el 28 de septiembre de 1746, es mi parecer que debe accederse a las pretensiones de la Compañía, por quedar así cumplido el requisito que en un principio se echó de menos por la Procuraduría para poder considerar como de propiedad particular el subsuelo petrolífero del terreno en cuestión".

Como se ve por el estudio que se ha hecho de las titulaciones presentadas por la Compañía avisante, la Sala coincide con la opinión del señor Procurador Delegado en lo Civil. Por tanto, debe resolverse este negocio en forma favorable a las pretensiones de la Compañía que dio el aviso.

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, resuelve:

Es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad y constituida por escritura pública número 2762 de 6 de noviembre de 1933 de la Notaría Cuarta de Bogotá, respecto de la finca denominada "Buen Retiro' Hidalgo y Hato Grande" con el potrero de "San Mateo", de la sociedad colectiva de comercio Francisco Vargas & Hermanos de Bogotá, ubicada en jurisdicción del municipio de Armero, Departamento del Tolima, para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en los expresados terrenos, que se reputan de propiedad privada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Ministerio de la Economía Nacional.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno — Mario Cajiao, Secretario.

EXCEPCIONES — SUELDOS

Con el sueldo se retribuye al empleado sus servicios en el desempeño de las funciones que le corresponden; de modo que al cesar en la prestación de esos servicios cesa para el empleado el derecho de recibir sueldo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril once de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Vizcaíno)

Por no haberse conformado el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta con el auto de fecha once de julio de 1937 en que aquella entidad declaró no probadas las excepciones que dicho Fiscal propuso en el juicio ejecutivo que el señor Candelario García sigue contra el Departamento del Magdalena por suma de pesos, interpuso apelación, y, concedida que le fue en el efecto suspensivo, se envió el expediente a la Corte. Aquí se le ha dado al recurso la tramitación legal, y como está agotada y no se observa causal de nulidad se procede a decidirlo en el fondo.

Síntesis de los antecedentes

En abril de 1931 los estudiantes del "Liceo Celedón" de Santa Marta se rebelaron y resolvieron no concurrir al establecimiento. El Gobernador del Departamento, con fecha primero de mayo de ese año, dictó el Decreto número 145, en el cual, mediante varias consideraciones de distintos órdenes, decretó la clausura indefinida de dicho establecimiento. Así las cosas, el propio Gobernador con fecha once de julio del mismo año expidió el Decreto número 224, en el cual, después de varios considerandos, puso fin a la clausura, detalló el pénsum, hizo nombramientos de profesores, etc., y señaló el veinte de ese mes para la reanudación de las tareas.

A los señores Gabriel R. Riveira, Fernando Espejo, Charles H. Walter, Carlos Bermúdez, Ramón Espina y Lázaro Díaz Granados se les expidieron órdenes de pago por sueldos como profesores en el nombrado instituto correspondiente a los meses de mayo y junio (los en que estuvo clausurado) y al doctor Teodosio Goenaga (mes de junio) como rector del Liceo y otras.

Con esas órdenes el señor Candelario García, como tenedor de ellas, promovió el juicio ejecutivo por un total de un mil ciento cuarenta y seis pesos m/l., ($ 1,146.00) contra el Departamento del Magdalena. El Tribunal libró la ejecución, y notificada que le fue a los representantes del Departamento éstos aceptaron la existencia de la obligación en lo referente al valor de las becas a favor de Jaime Riveiro Abello por la suma de ciento setenta y seis pesos con diez y ocho centavos ($ 176.18) y la pagaron en el acto de la notificación del mandamiento; y en lo tocante a otras órdenes desconocieron la existencia de la obligación y manifestaron que en la debida oportunidad opondrían las excepciones respectivas. Al efecto, el señor Fiscal, en escrito de fecha 18 de octubre de 1937, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y nulidad de las órdenes de pago. Tramitado el incidente el Tribunal lo decidió declarando no probadas tales excepciones.

El Fiscal para fundamentar las referidas excepciones, adujo varios hechos que pueden sintetizarse así:

Que a virtud del Decreto número 145 expedido por el Gobernador del Departamento, el Liceo Celedón estuvo cerrado durante los meses de mayo y junio de 1931 y no fue sino en julio del mismo año cuando inició de nuevo labores;

Que habiendo estado cerrado el establecimiento durante esos meses ni el rector ni los profesores prestaron servicios y por lo mismo, el Departamento no estaba obligado a pagarlos; que el Gobernador expidió las órdenes de pago no existiendo causa que obligara al Departamento a reconocer y pagar aquellos sueldos, por faltar la prestación de los servicios respectivos, pues la obligación del Departamento de pagar aquellos sueldos estaba sujeta a la real prestación de los servicios correspondientes.

Las razones aducidas por el demandante para impugnar las del excepcionante pueden resumirse así:

Que el sueldo lo debe el patrón oficial o privado no sólo cuando el servicio se presta materialmente sino cuando sin culpa del empleado se deja de prestar, pues la fuerza mayor que estorba en el contrato el trabajo del empleado la tuvo el patrón; el compromiso de pagar el sueldo al empleado no puede atacarse por la no prestación material del servicio, pues tal compromiso no tenía por qué tener por causa el trabajo efectivo sino que podía obedecer también a consideración o causa de ser el sujeto a quien se convino en pagar un empleado con derecho a sueldo cuyo servicio, caso que no se prestara, faltó por causa independiente de su voluntad; que si el servicio de los profesores del Liceo no se prestó por la resistencia de los estudiantes a asistir a clases o al colegio la fuerza mayor la sufre el Departamento patrón y no el profesor empleado y si el cierre obedeció a decreto de la Gobernación con mayor razón debe sufrir el Departamento las consecuencias de ese hecho; que los decretos sobre el tal cierre del Liceo fueron anulados por sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; que el argumento de la falta de prestación de servicios del excepcionante lo echó a tierra el mismo legislador departamental al reconocer y mandar pagar los sueldos del Prefecto de Estudios en los meses de mayo y junio de 1931 por la ordenanza número 42 del 2 de mayo; que el deudor es responsable del caso fortuito o fuerza mayor cuando éste haya sobrevenido por su culpa, según el artículo 1504 del C. C. y por lo mismo el Departamento deudor es responsable, porque con su decreto del cierre hizo imposible a los profesores y rectores del Liceo el cumplimiento de sus servicios sin haber sido suspendidos previamente en sus funciones, y que como el caso hizo imposible al rector y profesores el cumplimiento de sus obligaciones éstas quedaron extinguidas o modificadas, pero sin consecuencia perjudicial para ellas.

El Tribunal en su sentencia adujo, como único fundamento, para declarar no probadas las excepciones, el no existir en autos prueba alguna de los hechos en que se apoyó el excepcionante, pues aunque éste pidió pruebas y fueron decretadas, no alcanzaron a practicarse por las causas que constan en el fallo.

En esta segunda instancia se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y en su alegato de conclusión este funcionario pide que se declaren probadas las excepciones, y en síntesis argumenta así: que el derecho del empleado público a recibir una suma de dinero por sus servicios está condicionado obviamente al desempeño de las funciones inherentes a su respectivo cargo; de modo que si deja de cumplir sus funciones no puede exigir la contraprestación que el Estado le confiere. Que la remuneración es un estipendio con que se retribuye el servicio del trabajador del Estado; pero donde quiera que ese servicio no aparece satisfecho no puede hablarse del derecho correlativo a exigir el pago del sueldo, pues otra tesis conducirá al absurdo jurídico de convertir lo accesorio, o sea el sueldo, en principal. Y que no habiendo los profesores ni el rector pres-

tado sus servicios, por cuanto el instituto estuvo cerrado, ningún derecho tienen a exigir el pago del sueldo.

Para fallar, la Sala hace las siguientes consideraciones:

Obra en autos copia del Decreto número 145 de 1º de mayo de 1931 por medio del cual el Gobernador del Departamento clausuró indefinidamente el "Liceo Celedón" y por lo mismo virtualmente cesaron las funciones de los profesores (cuaderno número). En tales circunstancias esos profesores no prestaron, no pudieron prestar los servicios de tales, y siendo esto así no tenían, no podían tener derecho a remuneración por tal concepto. Esto es obvio: Con el sueldo se retribuye al empleado sus servicios en el desempeño de las funciones que le corresponden; de modo que al cesar en la prestación de esos servicios cesa para el empleado el derecho a recibir sueldo. Los propios profesores que han declarado en el juicio reconocen que no dictaron sus respectivas clases en los meses de mayo y junio por haber sido clausurado el Liceo. No se comprende, pues, cómo pretenden tener derecho a la consiguiente remuneración, desde luego que sus funciones no eran otras que las de dictar las clases respectivas.

En el memorial en que el actor contestó el escrito de excepciones, dice que los decretos del Gobernador sobre el cierre del Liceo fueron anulados por sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; pero es lo cierto que a los autos no se ha traído la prueba de este hecho, no obstante que en esta segunda instancia el incidente se abrió a pruebas. De modo, pues, que la Sala no puede reconocer la existencia de esa declaratoria de nulidad. En cuanto a la afirmación que también hace el ejecutante sobre que "el argumento de la falta de prestación de servicios que aduce el excepcionante, lo echó a tierra el mismo legislador departamental de 1934 al reconocer y mandar pagar los sueldos del Prefecto de Estudios de los meses de mayo y junio de 1931 por la ordenanza 42 de 2 de mayo", observa la Sala, que, aún aceptando la existencia de tal ordenanza, aquella afirmación poco o nada arguye en pro de sus pretensiones. Al contrario: bien pudiera aducirse en contra, pues si para que el Departamento pagara al Prefecto de Estudios "los sueldos correspondientes a los meses de mayo y junio se necesitó que así lo ordenara la Asamblea Departamental, con razón mucho mayor se necesitaría esa orden para poder pagar los sueldos en esos meses a los simples profesores.

Se arguye también que si los profesores no prestaron sus servicios durante los citados meses se debió, no a culpa de ellos, sí no a la huelga que declararon los estudiantes y por lo mismo no puede negárseles el pago de los sueldos correspondientes a esos meses.

A este respecto se observa:

Si no hubiese mediado el Decreto de la Gobernación en que declaró clausuradas indefinidamente las tareas del Liceo, acaso sería procedente y fundado aquel argumento. Pero no: el Gobernador decretó la clausura indefinida y consecuencialmente los profesores no habrían podido, legalmente, dictar sus clases ni aún en el caso de que los estudiantes hubieran resuelto concurrir a recibirlas. Se necesitaba que por medio de otro decreto se pusiese fin a la clausura, como así lo hizo el Gobernador por el Decreto número 224 de julio 11 de 1931. Y no cabe argüir que lo que motivó el decreto de clausura fue la huelga de los estudiantes, pues, lo que se necesita saber para el caso que se estudia es si la clausura se decretó, y esto es indiscutible.

Que la clausura fuera debida o indebidamente decretada; que el decreto del Gobernador fuera o no exequible, son cuestiones en cuyo estudio la Sala no se ocupa ni puede ocuparse. Si los interesados consideran que el decreto es inexequible, o si como se dice, ya fue anulado por el Tribunal Administrativo y juzgaba que con él se les causó perjuicios, libertad tenían para ejercitar la o las acciones que consideraban tener.

Como se ha dicho, por virtud del decreto de clausura indefinida los profesores cesaron en sus funciones. Tan cierto es esto que en el Decreto número 224 de 11 de julio de 1931, sobre reapertura del Liceo Celedón, se reorganizaron las tareas y se hizo nombramiento de profesores, siendo de anotarse que los profesores cuyos sueldos se reclaman solamente dos aparecen nombrados en el referido decreto. De manera que resulta improcedente el argumento que también hace el ejecutante de que los profesores tienen derecho a los sueldos que se reclaman por cuanto no fueron suspendidos previamente en sus funciones.

Según resulta de autos los estudiantes se declararon en huelga en abril, de donde se infiere que desde entonces dejaron los profesores de dictar sus clases: pero como aquella era una situación de hecho, ellos no habían cesado en sus funciones y les bastaba concurrir al edificio a dictar sus clases, aunque no las dictaran por no asistir los respectivos estudiantes. Así cumplían sus deberes, pues las tareas no estaban legalmente clausuradas, y, lógicamente, devengaban su sueldo aunque realmente no prestaran servicio. Pero desde el momento mismo en que las tareas fueron clausuradas indefinidamente cesaron en sus funciones, y, lógicamente, dejaron de devengar sueldo. Sobre las bases de la tesis que sustenta el ejecutante, si la clausura en vez de durar sólo dos meses y días hubiese durado cuatro, seis, ocho, diez o más meses, los profesores cuyos sueldos se reclaman habrían continuado devengando.

Por lo expuesto se llega a la conclusión de que durante el tiempo que duró la clausura decretada por el Gobernador, los profesores no devengaron los sueldos que se cobran, y, consecuencialmente, no tenía el Departamento obligación de pagarlos y por lo mismo procedería la excepción de inexistencia de la obligación.

En lo referente al sueldo del Director del Liceo, la cuestión varía de aspecto. Existe ostensible diferencia esencial entre el cargo de Director de un instituto y el de simple profesor en el instituto. El primero tiene atribuciones, funciones y responsabilidades que no tiene el otro. El puede prestar y presta sus servicios de tal aun antes de que las tareas de los profesores comiencen y puede prestarlos y los presta aún después de que aquellas tareas hayan cesado. Tan cierto es todo esto, que el Director de un instituto puede desempeñar también el cargo de profesor y cuando esto ocurre queda investido con doble carácter. Como profesor está en el mismo plano de los demás profesores y corre las mismas consecuencias que aquellos. Así, por ejemplo, si el Director del Liceo Celedón, además del cargo de tal se le hubiese nombrado profesor de una o más cátedras, estaría en lo que a sueldo se refiere en las mismas condiciones de los otros profesores, esto es, tampoco habría devengado sueldo, por tal concepto durante los meses de clausura.

En el caso que se estudia, el Director del Liceo, en su calidad de tal, resulta de autos, continuó prestando sus servicios, pues lo que el Gobernador decretó no fue la supresión del instituto sino la clausura por tiempo indefinido de las tareas escolares. Y así tenía que ser desde luego que estando como estaba bajo su dirección inmediata el instituto tenía que continuar prestando sus servicios, por lo menos en la confección, firma, etc., de documentos, fuera de que como la clausura tuvo por causa la rebeldía de los estudiantes la Gobernación con el concurso del Director continuó haciendo gestiones para la reapertura del Liceo como así aconteció. Y procede anotar que el sueldo que se reclama es el correspondiente al mes de junio, pues el de mayo se le pagó, según lo ha declarado el propio Director doctor Goenaga. En el mismo decreto de la reapertura del Liceo se dice que la Gobernación escuchó y acogió en todas sus partes lo acordado por el Consejo Directivo y fue ese Consejo quien presentó las ternas para los nombramientos de catedráticos, según consta en el citado decreto.

Considera, pues, la Sala que la obliga-

ción de pagarle el sueldo al Director del Liceo, correspondiente al mes de junio, subsiste y de consiguiente la excepción de inexistencia de esa obligación no es procedente, en lo tocante a ese sueldo.

Por lo expuesto, sería el caso de revocar el fallo y en su lugar declarar probada la excepción en lo referente a los sueldos de los profesores, materia de la ejecución, y no probada en lo tocante al sueldo del Director del Liceo. Pero existe una causa legal que impide hacer todo eso, y es la siguiente:

El texto de las órdenes de pago presentadas como recaudo ejecutivo está concebido en estos términos:

REPUBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

POR $.....

Santa Marta ..... de 1932.

LA GOBERNACION O LA TESORERIA GENERAL

Páguese a la orden de (Aquí va el nombre) la suma de .....$

Sueldo como (aquí va el del respectivo profesor del Liceo Celedón.

(Fecha .....)

DEPARTAMENTO DE EDUCACION PUBLICA

Capítulo 6. Artículo 19.

Carta de aviso número 359.

El Secretario de Gobierno, encargado de la Gobernación.

(Aquí aparece la firma).

Secretario de Hacienda,

(Aquí aparece la firma).

Pues bien: el artículo 1º de la Ley 46 de 1923 dice que "Los principales instrumentos negociables, para los efectos de esta ley, son: la letra de cambio, el pagaré, el cheque, los giros, las labranzas, los cupones y cualquier otro instrumento que reúna las condiciones exigidas en esta Ley para ser negociable" (la Sala subraya).

El artículo 5, ibídem, estatuye esto: "Para que un instrumento sea negociable debe llenar los siguientes requisitos: 1º Debe constar por escrito y estar firmado por el que lo extiende o lo gira; 2º Debe contener una promesa incondicional o una orden de pagar una suma de dinero; 3º Debe ser pagadero a su presentación, o a un tiempo futuro fijo o determinable; 4º Debe ser pagadero a la orden o al portador; y 5º Cuando el instrumento está dirigido a un girado debe expresarse en él el nombre o indicación cierta de éste".

Y si se examinan las mencionadas órdenes de pago, cuyo texto se ha transcrito, se ve claro, con toda claridad, que ellas encajan, rigurosamente, en el molde que establece el inserto artículo 5º, tanto más cuanto que el artículo 14, ibídem, estatuye que no es necesario que el instrumento se acomode textualmente al lenguaje de dicha ley y que cualesquiera términos que indiquen claramente conformarse a sus prescripciones, son adecuados.

De otro lado, conforme al artículo 32, ibídem, "un instrumento es negociable cuando se cede por una persona a otra de manera de constituír al cesionario en tenedor de él".

Y según el artículo 34 "la firma del endosante, sin palabras adicionales, es endoso suficiente". Y como quiera que los referidos instrumentos de pago aparecen expedidos a la orden de los respectivos profesores, con las firmas de ellos y entregados al ejecutante Candelario García, pues él los presentó como recaudo ejecutivo, resulta indiscutible que, legal y lógicamente, él es cesionario de tales instrumentos y por ende tenedor de

ellos en debida forma, de acuerdo con el artículo 55 que señala las condiciones que deben concurrir para que un tenedor lo sea en debida forma, y con el 51 según el cual "todo tenedor se presume serlo en debida forma".

Ahora, conforme al título de los artículos 54, 59 y 62, ibídem, resulta que "el tenedor de un instrumento negociable puede exigir parcialmente el pago en su propio nombre"; que "el tenedor en debida forma posee el instrumento libre de todo defecto en el título de las partes anteriores a él y libre de excepciones que puedan proponerse dichas partes entre sí, y puedan exigir el pago por el monto total contra todas las partes obligadas"; y que "el otorgante de un instrumento negociable se obliga por el hecho de otorgarlo a pagar su valor de acuerdo con el tenor literal de él y admite la existencia del beneficiario y su capacidad para endosarlo a tiempo del otorgamiento". (La Sala subraya).

De los hechos que se dejan anotados y de las disposiciones transcritas y sus concordantes de la citada ley 46 de 1923 fluyen estas legítimas y verdaderas conclusiones: que en el caso concreto que se estudia los instrumentos que sirven de recaudo ejecutivo reúnen las condiciones exigidas por la ley por ser negociables; que el ejecutante es tenedor en debida forma y como tal ha podido exigir el pago judicialmente; que el ejecutado por el hecho de haber otorgado tales instrumentos en la forma y términos en que aparecen, se obligó a pagar, a la orden su valor; y que contra el tenedor ejecutante no pueden aducirse las excepciones propuestas, aunque se hubiera podido proponerlas contra los inmediatos beneficiarios de aquellos instrumentos.

Y procede anotar que el ejecutante en su demanda invocó en apoyo de ellas las disposiciones de la precitada ley 46 de 1923 y que del auto ejecutivo se desprende que el Tribunal consideró los instrumentos presentados como recaudo ejecutivo, como instrumento negociable.

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, resuelve:

Declárase que no son procedentes las excepciones propuestas en el presente juicio.

Queda en estos términos reformada la sentencia de fecha once de diciembre de mil novecientos treinta y siete proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal.

Pedro A. Gómez Naranjo — Francisco Vizcaíno—Eleuterio Serna R.—El Secretario, Mario Cajiao.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCION SOBRE EXENCION DE IMPUESTOS Y SOBRE DEVOLUCION DE LO PAGADO POR ELLOS

1.—Si se anula una resolución administrativa en virtud de la cual se exigió una suma de dinero que no se debía, la persona lesionada tiene derecho de repetir lo pagado, de conformidad con la ley civil. (Arts. 2313 y 2318 del C. C.)—2.—Cuando se trata de nulidad de resoluciones que ordenan el cobro ilegal del impuesto sobre la renta, declarada por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, la ley autoriza el reembolso al contribuyente de las sumas indebidamente pagadas. (Art. 14 de la Ley 81 de 1931).

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Esteban Jaramillo, como apoderado judicial, por sustitución de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, domiciliada en San José de Cúcuta, demandó a la Nación, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, para que mediante los trámites de un juicio civil de única instancia se declare por sentencia definitiva lo siguiente:

"Primero.—Que la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta está exenta, por virtud de estipulaciones contractuales autorizadas por ley expresa, del pago de los impuestos directos sobre la renta, sobre el patrimonio y sobre exceso de utilidades.

"Segundo.—Que el Gobierno como representante de la Nación debe reconocer la exención de toda contribución nacional otorgada a la Compañía, aunque esa contribución se haya establecido o se establezca con posterioridad al contrato en virtud del cual se concedió dicha exención;

"Tercero.—Que la Resolución de la Jefatura de Rentas e impuestos nacionales marcada con el número 1403 de 16 de septiembre de 1936 es violatoria del contrato de 16 de septiembre de 1893, que otorgó a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta la exención de toda contribución nacional; y

"Cuarto.—Que la Nación está obligada a devolver a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta las sumas que en virtud de la Resolución citada haya pagado por razón de los impuestos a que se refiere el punto primero de esta demanda o de cualquiera de ellos".

La demanda se apoya en los siguientes hechos:

"1º—Con fecha 17 de abril de 1893 la Compañía en cuyo nombre hablo celebró con el Gobierno Nacional, representado por el Gobernador del Departamento de Santander, un contrato de privilegio para la construcción y explotación de un ferrocarril que partiendo del Municipio de San José de Cúcuta fuera a terminar a la orilla meridional del Río Táchira, y que es conocido con el nombre de "Fe-

rrocarril de la Frontera". El referido contrato después de ser aprobado por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento con fecha 31 de mayo de 1893, fue elevado a escritura pública bajo el número 697 con fecha 16 de septiembre de 1893, en la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga.

"2º—En el artículo séptimo del referido contrato el Gobierno hizo a la Compañía, entre otras, la siguiente concesión: 'exención de toda contribución nacional, departamental y municipal, como de cualquier otro género, del impuesto fluvial y de empréstitos forzosos, exacciones y contribuciones de guerra. Tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el Ferrocarril con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía'.

"3º- La referida exención estaba autorizada expresamente por el artículo 2º de la Ley 104 de 1892, sobre ferrocarriles, que es del tenor siguiente: 'Los contratos que en virtud de esta autorización se celebren podrán llevarse a efecto sin necesidad de la aprobación del Congreso, si reúnen las siguientes condiciones:..... r) La Empresa y todas sus anexidades y dependencias estarán exentas del pago de las contribuciones o impuestos directos y de las extraordinarias'.

"4º—La misma exención fue reconocida por el Gobierno en Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público número 218 de 1926, según la cual "de acuerdo con el artículo 7º del contrato celebrado el 17 de abril de 1893 entre el Gobierno y la Compañía, ésta quedó exenta de toda contribución nacional'. Y si reconoció la legitimidad del gravamen sobre los dividendos repartidos por la Compañía, fue debido a que según el sistema de imposición que en aquella época regía, ese gravamen pesaba directamente sobre los accionistas y no sobre la Compañía, aunque ésta cubría el impuesto a nombre de aquéllos.

"5º—Esa misma exención fue reconocida, de modo expreso y terminante, por la Corte Suprema, Sala Civil de Unica Instancia, en juicio ordinario entre las mismas partes, por sentencia de 28 de junio de 1933 (Gaceta Judicial número 1887, Tomo XL, de 30 de abril de 1934), que en su parte resolutiva dice: 'Conforme al contrato elevado a escritura pública en Bucaramanga el diez y seis de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta está exenta de toda contribución nacional y los efectos y pasajeros que transiten por el Ferrocarril no pueden ser gravados con contribuciones e impuestos especiales durante el tránsito por la vía'.

"6º- El Ministerio de Hacienda y Crédito público, por conducto de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, ha desconocido la referida exención de impuestos, autorizada por la ley, consignada en un contrato válida y legítimamente celebrado, reconocida antes por el mismo Ministerio y refrendada por una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, desconocimiento expreso hecho por la Resolución número 1408 de 16 de septiembre de 1936 y ratificada por Resolución número 859, de 15 de julio de 1937, por la cual se negó la reposición de la anterior.

"7º—El fundamento principal de la Resolución del Ministerio consiste en la tesis de que la exención de impuestos otorgada a la Compañía, sólo puede aplicarse a los impuestos vigentes a tiempo de la celebración del contrato de 1893, pero no a los que se establecieran posteriormente;

"8º—Ni la Ley 104 de 1892 ni el contrato de 1893 establecen la distinción que hace la Jefatura de Rentas entre los impuestos o contribuciones existentes en aquella época y los que con posterioridad se han establecido, para el efecto de hacer efectiva la exención únicamente respecto a los primeros.

"9º -Con la tesis del Ministerio, la Nación, como entidad soberana dotada de la facultad de imposición, podía burlar y hacer nugatoria en cualquier momento la obligación que contrajo como persona jurídica contratante, de eximir a la Com-

pañía del pago de impuestos mediante una simple modificación del régimen tributario del país, hecha después de celebrado el contrato;

"10º—Contra el espíritu de esta tesis arbitraria se ha pronunciado ya la Corte Suprema de Justicia, que interpretando fielmente el sentido, la finalidad y el alcance de estas concesiones ferroviarias, ha dicho, en sentencia de 28 de noviembre de 1904 (Gaceta Judicial, tomo XVII, página 25): 'El espíritu de las leyes de 1892, sobre ferrocarriles, fue el de estimular la construcción de vías férreas, obra que el legislador estimó redentora para el país, política e industrialmente hablando. Por lo tanto la Ley 104 de 1892 ni ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de ponerle trabas a la obra del legislador, porque eso es desvirtuar la ley e impedirle producir los altos fines que ella perseguía'.

"11º—La Compañía del Ferrocarril de Cúcuta aceptó la Resolución Ministerial número 128 de 1926, que, de acuerdo con los contratos, reconoció que estaba eximida de pagar impuesto sobre la renta, aunque en esa Resolución se declaró exigible el impuesto sobre los dividendos, cosa perfectamente explicable porque en 1926 el impuesto gravaba a los accionistas por los dividendos recibidos, al paso que las leyes posteriores establecieron el impuesto sobre las mismas compañías y pagadero por ellas sobre el monto total de sus utilidades como lo reconoce expresamente la Resolución Ministerial y como lo rezan el artículo 5º de la Ley 78 de 1935, igual por este aspecto al 4º de la Ley 81 de 1931, y el artículo 21 de la referida Ley 78. Por otra parte, el impuesto exigido en la primera forma es infinitamente menos gravoso que el que cobra de acuerdo con la segunda, porque en esta última obra la progresión del gravamen y no hay lugar a exenciones. Un ejemplo ilustra mejor el punto. Conforme al primer sistema, en una utilidad de $ 100,000, repartida de a $ 1,000 entre 100 accionistas, cada uno paga, conforme a la tarifa actual, prescindiendo de las exenciones legales, un impuesto de $ 10 o sea un total de $ 1,000 por los $ 100,000 de utilidad; según el sistema actual, por obra de progresión, los $ 100,000 de utilidades pagan $ 8,540, es decir, ocho veces y media más que en el sistema antiguo;

"12º—Cuando en la sentencia de 1933 arriba citada la Corte Suprema declaró que la exención del impuesto de pasajes no quedaba amparada por el contrato de 1893, dando por única razón, no que el impuesto se hubiera establecido con posterioridad al contrato —cosa que ni la Corte ni el Procurador intentaron sostener— sino que el gravamen se había establecido sobre los pasajeros en los trenes y no sobre la Compañía, implícitamente reconoció que si hubiera sido un impuesto directo sobre aquélla habría quedado libre de él por razón del contrato".

Notificada la demanda al doctor Milciades Cortés A., Procurador Delegado en lo Civil, la contestó el 23 de septiembre de 1937, negando el derecho en que se apoya la Compañía demandante y oponiéndose a que se hagan todas o cualquiera de las declaraciones formuladas en la parte petitoria del libelo.

Posteriormente, al alegar de conclusión, el 16 de diciembre del mismo año, pidió que se declarara nulo lo actuado por incompetencia de jurisdicción. Se apoyó en el artículo 40 del C. J. y en que el contrato a que este juicio se refiere no fue celebrado por la Nación, sino por el Departamento de Santander. La Sala negó la declaratoria de nulidad de lo actuado, porque el contrato mencionado contiene numerosas estipulaciones que obligan a la Nación y que fueron aceptadas por ésta, por medio de sus representantes legales que aprobaron la negociación, como consta de autos. La cláusula que constituye la materia principal del pleito, es precisamente la obligación adquirida por el Estado de eximir a la Compañía de contribuciones de carácter nacional. Por tanto, a Sala estimó que tiene jurisdicción para conocer de la acción, de conformi-

dad con la disposición citada por el señor Procurador.

Tanto el doctor Jaramillo como el señor Procurador Delegado en lo Civil, alegaron de conclusión. El primero pide que se falle el asunto de conformidad con la demanda y el segundo solicitó la absolución de la Nación. Terminada la tramitación legal, sin que se observen causales de nulidad, se procede a fallar el negocio, previas las consideraciones que se hacen a continuación.

Por medio de la escritura número 697, otorgada el 16 de septiembre de 1893, en la Notaría 1ª de Bucaramanga, se solemnizó el contrato número 78 del mismo año celebrado entre el Gobierno de Santander y la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta para la construcción del llamado Ferrocarril de la Frontera. El Gobierno Nacional aprobó el contrato el 31 de mayo de 1893. Posteriormente, por medio de escritura número 1344, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá el 25 de agosto de 1933, se celebró un contrato tripartita entre el Gobierno Nacional, el Departamento Norte de Santander y la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, en el cual, por medio de la cláusula novena se estipuló lo siguiente:

"El Gobierno y el Departamento se obligan a dejar vigentes las siguientes estipulaciones del contrato de privilegio contenido en la escritura 697, varias veces citada: los artículos 1º y 2º, y las concesiones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª y 10ª del artículo 7º, los artículos 11, 14, 16, 20 y 21".

Por el artículo 7º del contrato primitivo, el Gobierno hace a la Compañía las siguientes concesiones:

"7ª Exención de toda contribución nacional, departamental y municipal, como de cualquier otro género del impuesto fluvial y de empréstitos forzosos, exacciones y contribuciones de guerra. Tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el Ferrocarril, con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía. No quedan comprendidas en esta exención las rentas de degüello y aguardientes que tengan establecidas el Gobierno Nacional, el del Departamento o los Municipios".

La determinación del alcance de esta cláusula es lo que ha motivado esta controversia. El doctor Jaramillo sostiene que la Compañía en virtud de esa estipulación está exenta del pago de los impuestos directos sobre la renta, sobre el patrimonio y sobre exceso de utilidades y el Ministerio de Hacienda ha desconocido la exención en cuanto se refiere a los impuestos establecidos con posterioridad al contrato. Para resolver esta cuestión que es la materia principal del pleito, se deben estudiar los antecedentes del contrato y los términos de la cláusula séptima de éste, que establece la exención.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público en Resolución número 3-1408-H de 1936, dijo lo siguiente:

"En el numeral 7º del artículo 7º de este contrato se dijo que el Gobierno concede a la Compañía exención de toda contribución nacional, departamental y municipal, como de cualquier otro género. Era ésta la fórmula generalmente adoptada en los contratos de esta naturaleza celebrados en Colombia para hacer a los contratistas una concesión absolutamente gratuita, que por su condición de contractual obliga al Gobierno, pero cuyo alcance no puede tener toda la latitud que entienden y quieren darle los favorecidos con ella. En diversas ocasiones ha habido la necesidad de considerar casos similares en que los interesados, basados en los contratos, han pretendido que no están obligados al pago de impuestos creados con posterioridad a la fecha en que se hizo la concesión, y siempre ha sostenido el Ministerio que tal concesión no abarca sino exclusivamente los gravámenes vigentes en la fecha del contrato respectivo. Otra interpretación sería absurda, pues equivaldría sencillamente a que el Gobierno pudiera cortar para lo futuro la facultad soberana del legislador de imponer contribuciones de carácter general. Tuviera ello una expli-

cación, ya que no una justificación, si a cambio de esa pretendida exención absoluta de impuestos, la Nación recibiera de los contratistas una compensación positiva; pero la exención de impuestos se ha hecho siempre en forma graciosa, acomodándose a un formulario tradicional, que afortunadamente ha sido ya abandonado en la práctica administrativa".

Según los principios de derecho público, así como el Gobierno no puede imponer por sí mismo contribuciones, tampoco puede conceder exenciones de ninguna clase en materia tributaria, sin autorización especial del Congreso. En el contrato que se estudia, el Gobierno no procedió arbitrariamente, como lo consideró el Ministerio, sino en virtud de autorizaciones especiales del legislador, dadas en la Ley 104 de 1892, que dice así:

"Artículo 1º Autorízase al Gobierno para contratar la construcción de las vías férreas que estime conveniente establecer.

"Artículo 2º Los contratos que en virtud de esta autorización se celebren podrán llevarse a efecto sin necesidad de la aprobación del Congreso, si reúnen las siguientes condiciones:

".....

"R. La Empresa y todas sus anexidades y dependencias estarán exentas del pago de las contribuciones o impuestos directos y de las extraordinarias.

"S. Todo lo que sea necesario introducir del extranjero para la construcción, equipo, explotación y conservación del ferrocarril y de sus anexidades, se eximirá del pago de derecho de aduana y de peajes fluviales o terrestres".

La Sala Plena en lo Civil, con fecha 7 de octubre del año pasado, en un juicio seguido por la Sociedad Colombiana Petroleum Company contra la Nación, para que se decretara la inexistencia de la obligación por parte de la actora de pagar los impuestos sobre el patrimonio y sobre el exceso de utilidades que creó la Ley 78 de 1935, dijo que "sería no ya simplemente ilegal sino inconstitucional pretender, como lo hace la actora, que se la tutele en una situación de inmunidad fiscal, basada en que las prerrogativas singulares a ella otorgadas inciden sobre todo el sistema tributario colombiano, presente y futuro, con la sola excepción de dos impuestos". (Gaceta Judicial, Nº 1942, página 378).

En el presente juicio se trata de un asunto completamente distinto en el que no podría aplicarse la doctrina de la Corte sentada en el fallo citado, como se verá a continuación.

En el contrato de 1893, no se determina el límite de la exención ni se dice si la cláusula respectiva se refiere sólo a los impuestos vigentes en el momento del contrato. Tampoco existe en la ley de autorizaciones ninguna aclaración al respecto. Pero por los términos del contrato y por las finalidades de la ley mencionada, se concluye que se quiso hacer a la Compañía una exención total de impuestos, como lo entedió la Corte en sentencia de fecha 28 de junio de 1933, en la cual estableció lo siguiente:

"Primero. Conforme al contrato elevado a escritura pública en Bucaramanga, el diez y seis de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta está exenta de toda contribución nacional, y los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril no pueden ser gravados con contribuciones e impuestos especiales durante el tránsito por la vía".

La exención de impuestos que se hizo en el contrato, no fue completamente gratuita como lo entendió el Ministerio, sino compensatoria. En efecto, en la cláusula tercera se establece el derecho de reversión a favor del Gobierno, una vez terminado el plazo de la concesión, libre de todo gravamen el ferrocarril y sin indemnización alguna a favor de la Compañía. Y aparte de otras obligaciones a cargo de la Compañía, en la cláusula catorce se establece: "La Compañía transportará gratis por el Ferrocarril las valijas y los conductores de correos nacionales; los empleados del Departamento y de la República que viajan en asuntos del servi-

cio y rebajará un cincuenta por ciento del precio de la tarifa en el transporte de tropas que por orden expresa del Gobierno deban transitar por la vía. La misma rebaja se hará en el transporte de efectos de propiedad de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios a las obras públicas, y en el de los elementos de guerra que se movilicen por orden del Gobierno".

Dice el artículo 27 del C. C. que "bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Es, pues, de trascendencia en este fallo estudiar los antecedentes de la Ley 104 de 1892 para fijar el alcance de sus disposiciones y en especial del artículo 2º, en cuanto establece la facultad de conceder exenciones de impuestos a las empresas ferroviarias.

La Corte, en sentencia de fecha 28 de noviembre de 1904, dictada en el juicio iniciado contra la Nación por la Compañía del Ferrocarril del Sur, dijo lo siguiente en relación con la Ley 104 de 1892:

"La intención, el espíritu de la ley, es el fin que ella persigue. Ya se vio antes cuál es ese espíritu en la Ley 104, el que se manifiesta en ella misma y en la historia de su establecimiento, contenida en los debates que suscitó en el Congreso. Estimular la industria ferroviaria, impulsarla en el país, ya como sistema político, ya para desarrollar el comercio y las demás industrias, dando facilidades para la construcción de vías férreas, tal fue la gran preocupación del legislador de mil ochocientos noventa y dos, ayudado eficazmente por el Gobierno, como puede convencerse quien estudie la colección de leyes expedidas en aquel año, gran número de las cuales se consagraron a la materia de que se trata, y siga los debates que algunas suscitaron en las Cámaras.

"Este es el criterio que debe guiar en la interpretación y aplicación de la ley citada. De aquí que si algún caso particular, que pareciera no comprendido en la expresión obscura de ella, lo está en el espíritu de la misma, debe entenderse que fue objeto de sus disposiciones". (Gaceta Judicial, números 837, 838 y 839, página 17).

La Ley 104 de 1892 se dictó en una época en que el país carecía por completo de medios de transporte y en que se hacía por tanto indispensable el fomento de los ferrocarriles y el apoyo del Estado a esas iniciativas particulares. Es obvio que si las disposiciones de esa ley se analizan prescindiendo de los factores que obraron en su expedición y considerando solamente el grado de progreso vial del país en la actualidad, resulta excesivo el privilegio concedido a las compañías ferroviarias. Pero el juzgador no puede apartarse de la realidad que se contemplaba al celebrar las negociaciones respectivas sobre construcción de ferrocarriles.

La Constitución de 1886 no fijaba limitaciones al Congreso para conceder privilegios. El artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910, dijo que ningún privilegio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la ley y agregó que sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. De manera que aun considerando el problema a la luz de las disposiciones constitucionales que hoy rigen, es estrictamente jurídico el privilegio de inmunidad fiscal concedido a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, porque el privilegio para construir una vía no comprende solamente la facultad de hacerla por determinado trayecto, sino que puede también referirse a concesiones de carácter económico que coloquen a la empresa en condiciones especialmente favorables.

En atención a lo anterior, la Sala estima que se deben decretar de conformidad las tres primeras peticiones de la demanda, que se refieren las dos primeras a la exención de los impuestos directos sobre la renta, sobre el patrimonio y sobre exceso de utilidades y de toda contribución

nacional otorgada a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, aunque se haya establecido o se establezca con posterioridad al contrato, y la tercera a la nulidad de la resolución de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales marcada con el número 1408 de 16 de septimbre de 1893, que otorgó a la Compañía mencionada la exención de toda contribución nacional, exención reafirmada en el contrato tripartita de 25 de agosto de 1933.

En relación con la cuarta petición, se observa lo siguiente:

En ella se pide que se declare que la Nación está obligada a devolver a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta las sumas que en virtud de la resolución citada haya pagado por razón de los impuestos a que se refiere el punto primero de esta demanda o de cualquiera de ellos.

En relación con esta petición, dice el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"La 4ª, en la cual se solicita la devolución de las sumas pagadas por la Compañía, no puede prosperar en ningún caso, en primer lugar, porque la Sala Civil de Unica Instancia acaso no sería competente para estudiar el punto, ya que la cuestión no tiene origen en el contrato sino en un acto administrativo ajeno a la privativa competencia de la Sala, y en segundo lugar, porque aun en el supuesto más desfavorable para el Gobierno, no se darían los elementos que la doctrina requiere para que sea procedente la acción *in rem verso*, ya que los pagos hechos por la Compañía tuvieron una causa jurídica, esto es, estaban autorizados por una disposición expresa de la ley".

La Sala no acepta las conclusiones del señor Procurador, porque la petición sobre devolución de las sumas pagadas por la Compañía tiene por causa indirecta el contrato celebrado con la Nación, en el cual se la exonera del pago de contribuciones, es decir, es una controversia que emana de la negociación mencionada, y por tanto, para conocer de ella tiene competencia la Corte, de conformidad con el artículo 40 del C. J.

Por otra parte, es obvio que si se reconoce que el cobro de las contribuciones es ilegal, por violar el contrato celebrado por la Compañía con la Nación, los pagos hechos no tuvieron una causa jurídica, como lo afirma el señor Procurador.

Si se anula una resolución administrativa en virtud de la cual se exigió una suma de dinero que no se debía, la persona lesionada tiene derecho de repetir lo pagado, de conformidad con la ley civil. (Artículo 2313 y 2318 del C. C.). Al aceptar la tesis contraria que propone el señor Procurador Delegado en lo Civil, se cometerían numerosas injusticias, porque por medio de resoluciones administrativas podría exigirse indebidamente el pago de impuestos con carácter definitivo, cuyo reintegro no obtendrían las personas perjudicadas no obstante la anulación correspondiente del acto gubernamental. Cuando se trata de nulidad de resoluciones que ordenan el cobro ilegal del impuesto sobre la renta, declarada por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, la ley autoriza el reembolso al contribuyente de las sumas indebidamente pagadas. (Artículo 14 de la Ley 81 de 1931). Iguales razones de equidad existen para ordenar el reintegro de lo que se ha pagado sin causa cuando la nulidad del acto respectivo es decretada por el órgano judicial mediante el procedimiento ordinario.

En consecuencia, se debe hacer la cuarta declaración solicitada en el libelo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO. La Compañía del Ferrocarril de Cúcuta está exenta, por virtud de estipulaciones contractuales autorizadas por ley expresa, del pago de los impuestos directos sobre la renta, sobre el patrimonio y sobre exceso de utilidades.

SEGUNDO. El Gobierno como representante de la Nación debe reconocer la exención de toda contribución nacional

otorgada a la Compañía, aunque esa contribución se haya establecido o se establezca con posterioridad al contrato en virtud del cual se concedió dicha exención.

TERCERO. La Resolución de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales marcada con el número 1408 de 16 de septiembre de 1936 es violatoria del contrato del 16 de setiembre de 1933 que otorgó a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta la exención de toda contribución nacional.

CUARTO. La Nación está obligada a devolver a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta las sumas que en virtud de la resolución citada haya pagado por razón de los impuestos a que se refiere el punto primero o de cualquiera de ellos.

Dése cuenta al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno — Liborio Escallón—Hernán Salamanca—Francisco Niño Torres, Secretario.

ACCION DE EXENCION Y DEVOLUCION DE IMPUESTOS — IMPUESTOS DE PATRIMONIO Y DE EXCESO DE UTILIDADES

En sentencias de fecha 7 de octubre de 1938 decidió la Sala que los impuestos de patrimonio y de exceso de utilidades no son, de ninguna manera, impuestos nuevos, sino por el contrario, forman un todo con el impuesto sobre la renta y no vienen a ser otra cosa que un aumento de la tarifa de éste. La Corte se apoyó principalmente en los artículos 13 y 21 de la ley 78 de 1935. — 2. Aceptada por el Estado una obligación contractual, su cumplimiento es ineludible, sin que puedan interpretarse las leyes nuevas expedidas con anterioridad a la celebración del contrato, en el sentido de hacer más gravosas las prestaciones a que está obligada la parte contratante. Eso equivaldría a modificar unilateralmente el contrato, lo cual se opone a los principios de derecho, a la equidad y a la estabilidad de las instituciones jurídicas.

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctro Pedro A. Gómez Naranjo).

The Santa Marta Railway Company Limited, sociedad anónima constituída y domiciliada en Londres (Inglaterra), con asiento principal de negocios en Santa Marta, por medio de su apoderado doctor José Arturo Andrade, demanda a la Nación para que, previos los trámites de un juicio ordinario de única instancia se hagan por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

PRIMERA. Que dicha compañía por razón del contrato celebrado con la Nación con fecha 14 de septiembre de 1932 adicionado con fecha 4 de octubre de 1932 y publicado en el Diario Oficial número 22125, de fecha 31 de octubre de 1932, está exenta del pago de todos los impuestos nacionales, departamentales y municipales, de cualquier naturaleza que sean, salvo impuestos de timbre, de papel sellado y sobre la renta, establecidos o que se establezcan a partir del 31 de octubre de 1932; y especialmente de los impuestos adicionales sobre el patrimonio y sobre exceso de utilidades creados por la Ley 78 de 1935.

SEGUNDA. Que, en consecuencia, la Nación, por conducto de la Tesorería General de la República, debe devolver a The Santa Marta Railway Company Limited, dentro del término que la misma sentencia fije, la cantidad de $ 9,717.46 que se liquidó y cobró a dicha Compañía como impuestos sobre el patrimonio y de exceso de utilidades correspondientes al año de 1935, más los intereses sobre dicha cantidad al 8 por 100 anual desde el 1º de junio de 1937 hasta la fecha en que se verifique el pago.

Subsidiariamente solicitó el demandante que por razón del contrato celebrado el 8 de abril de 1905 y aprobado por la Ley 62 de ese año, se declare que la Compañía está exenta de impuesto sobre el patrimonio en la cantidad que representa el valor de los muelles. Como consecuencia pide la devolución del impuesto pagado por este concepto.

Notificada la demanda al señor Procurador Delegado en lo Civil la contestó oponiéndose a las declaraciones pedidas. Dice el señor Procurador que el punto ya

fue resuelto por la Corte en dos sentencias sobre asuntos similares y que en esos fallos se sentó una doctrina adversa a las pretensiones de la Compañía demandante.

Durante el término de prueba no se solicitó por las partes la práctica de ninguna diligencia.

Tramitado legalmente el negocio sin que se observen causales de nulidad, se procede a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Para apoyar la petición principal, o sea que se ordene a la Nación devolver a la Compañía demandante la cantidad de $ 9,717-46 que se le liquidó y cobró como impuestos sobre el patrimonio y de exceso de utilidades correspondientes al año de 1935, más los intereses respectivos, la demanda expone los siguientes hechos:

"1º The Santa Marta Railway Company Limited celebró con la Nación el contrato de fecha 14 de septiembre de 1932, adicionado el 4 de octubre del mismo año, que aparece publicado en el Diario Oficial número 22125, de 31 de octubre de 1932 y que se elevó a escritura pública bajo el número 2156, de fecha 22 de octubre de 1932 de la Notaría 2ª de Bogotá.

"2º En dicho contrato se estipuló (artículo 19) que la Compañía estará exenta del pago de todos los impuestos nacionales, departamentales y municipales, de cualquier naturaleza que sean, salvo los impuestos de timbre, de papel sellado y sobre la renta.

"3º El contrato a que se refiere el hecho anterior, fue publicado en el Diario Oficial número 22125, de 31 de octubre de 1932, y desde esa fecha entró en vigor, según lo establece el artículo 28 del mismo contrato.

"4º La Ley 78 de 1935 creó los impuestos nacionales denominados "sobre el exceso de utilidades" y "sobre el patrimonio".

"5º Al formular la declaración para los impuestos correspondientes al año de 1935, The Santa Marta Railway Company Limited hizo valer las exenciones que la favorecen de acuerdo con el contrato y con la ley, pero la administración de hacienda nacional de Cundinamarca y la jefatura de rentas e impuestos nacionales, se negaron a reconocerle dichas exenciones.

"6º En consecuencia, los funcionarios dichos liquidaron a cargo de la Compañía por concepto de impuestos correspondientes al año de 1935, la cantidad total de $ 26,715.35 que la Compañía pagó íntegramente".

El único motivo expuesto en el libelo y sostenido en el alegato de conclusión, para sustentar la acción principal, es el de que siendo los impuestos denominados "sobre el exceso de utilidades" y "sobre el patrimonio", dos tributos nuevos, no pueden ser exigidos a la Compañía demandante, desde el momento en que en virtud del contrato celebrado con la Nación se estipuló en la cláusula 19 que la Compañía está exenta del pago de todos los impuestos, salvo los de timbre, papel sellado y sobre la renta.

La Sala no puede aceptar esta conclusión, porque en dos sentencias de fecha siete de octubre del año de 1938, estudió esta cuestión y estableció que los impuestos de patrimonio y de exceso de utilidades no son, de ninguna manera, impuestos nuevos, sino por el contrario, forman un todo con el impuesto sobre la renta y no vienen a ser otra cosa que un aumento de la tarifa de éste. La Corte se apoyó principalmente en los artículos 13 y 21 de la Ley 78 de 1935, el último de los cuales establece que "para todos los efectos legales, el impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre el patrimonio, se considerarán como un todo indivisible".

En la sentencia dictada en el juicio seguido por la South American Gulf Oil Company contra la Nación, publicada en el número 1942 de la Gaceta Judicial, la Sala Plena en lo Civil dijo lo siguiente:

"El eje de la argumentación de la demanda es éste: los impuestos sobre patrimonio y exceso de utilidades son distintos del de la renta y, por tanto, la Com-

pañía está exenta de ellos por esa cláusula; y en el fondo el argumento de la Nación es éste: esos impuestos no son diferentes sino complementarios, del de la renta, de que hacen por lo mismo parte integrante, pues sólo por el sistema de reglamentación aparecen como distintos, formando en verdad los tres uno solo; de suerte que al cobrarlos la Nación no ha violado esa cláusula.

"La historia fidedigna del establecimiento de la que vino a ser Ley 78 de 1935, ley en cuya virtud se adicionó y complementó el impuesto sobre la renta con los de patrimonio y exceso de utilidades, hace ver cómo desde que ello se inició con la formulación del proyecto respectivo y en el decurso de sus debates tuvo esas calidades de adicional y complementario a que acaba de aludirse, las que de modo expreso asumieron o de que quedaron investidos los que de tributos nuevos y diferentes califica el libelo de demanda en el presente pleito.

"Ab origine el nuevo sistema de tributación sobre la renta se revistió de las calidades de complementario y adicional de que se viene hablando, en relación con la reglamentación modificada por él, pues el Gobierno al formular aquel proyecto y su exposición de motivos fue muy explícito en ese concepto.

"A su turno el Congreso al discutirlo hizo la manifestación igualmente explícita, como consta en el informe de la comisión que lo estudió para segundo debate en la Cámara de Representantes, informe que es de citarse en particular por lo erudito, lo documentado y lo meditado. Considera a espacio desde sus múltiples puntos de vista el paso trascendental implicado en aquel proyecto, y en relación con el concepto que aquí se contempla contiene párrafos cuya pertinencia obliga a trascribirlos.

"Después de advertir que la moderna concepción del impuesto considera su pago como deber de todos los ciudadanos y su graduación como algo que debe ajustarse a la capacidad personal, en busca de la igualdad en el sacrificio, y después de observar que en un sistema tributario en que es abrumadora la proporción de los impuestos que por indirectos y de consumo gravan los productos sin atender a la capacidad del contribuyente y recargan a los ciudadanos pobres o de numerosa familia, lo que les da carácter regresivo a aquéllos, agrega:

"Para restablecer el equilibrio, precisa establecer impuestos que tomen en cuenta la persona del contribuyente y su mayor o menor capacidad tributaria. Es decir, llegar a la forma del impuesto moderno que es ante todo personal y luégo progresivo. Porque la progresión es la consecuencia directa del principio de igualdad de sacrificio, ya que, a medida que los medios económicos del contribuyente van en aumento, el impuesto se hace menos penoso para él. Un sistema dentro del cual se combinen en acertada proporción los impuestos indirectos y los directos personales y progresivos será, pues, mucho más equitativo que el actual, aunque en realidad nunca consiga realizar de manera perfecta el principio ideal de que, en conjunto, el sacrificio impuesto sea el mismo para todos.....

"El proyecto que estudiamos, en su parte esencial, eleva la tarifa vigente del impuesto sobre la renta y complementa ese tributo creando una adicional que grava mayormente las utilidades líquidas que pasen del 12 por 100 anual, con relación al patrimonio efectivo de la persona natural o jurídica, y estableciendo un recargo para las rentas provenientes del capital que se calcula sobre el valor del patrimonio mismo. De esta manera, el impuesto sobre la renta, el más científico y que más de acuerdo se encuentra con los principios atrás enunciados, como que es directo y personal, y por su naturaleza se presta más a la progresión, sufre una transformación sustancial y pasa a ocupar en el Presupuesto de rentas un lugar prominente. Queremos especialmente insistir ante la honorable Cámara en contra de la tendencia, a me-

nudo exteriorizada ante la comisión por algunos Representantes, a considerar como impuestos separados los gravámenes de que trata el proyecto. Conviene dejar muy claramente establecido que el gravamen sobre el exceso de utilidades y el calculado sobre el valor del patrimonio son complementarios del de la renta, están íntimamente vinculados a éste, sirven para hacerlo más equitativo, técnico y universal, y por consecuencia deben revestir dentro de sus peculiares modalidades los mismos caracteres de generosidad que caracterizan a este impuesto. Nos anticipamos también a aclarar, aun cuando más adelante volveremos detenidamente sobre el particular, que tanto el impuesto sobre el exceso de utilidades como el calculado sobre el valor del patrimonio, son impuestos personales, es decir, que tienen relación con la persona del contribuyente, tomando en cuenta las circunstancias especiales de cada uno y el conjunto del patrimonio y no impuestos reales que sólo establezcan una relación entre la cosa y el Fisco, sin tomar en cuenta al propietario, como sucede por ejemplo con el impuesto predial. De tal suerte, que no se puede establecer una rebaja del impuesto para una parte determinada del patrimonio del contribuyente sin alterar totalmente la organización del sistema, y singularmente sin crear graves problemas en lo relacionado con la aplicación de la tarifa progresiva".

"Como es lo natural, en el curso de los debates hubo de ocurrir manifestación de opiniones diversas, ya que sería extraño una completa uniformidad y un acuerdo absoluto en todos los puntos de vista sobre una medida oficial; pero es de reconocerse que un informe como el de que se han transcrito los precedentes párrafos, destacados por su pertinencia al caso materia del presente litigio, expresa con fidelidad los propósitos del proyecto ante el Organo Legislativo y la inteligencia que éste le dio, máxime si concuerdan, reiterándolos, con los que el Organo Ejecutivo consignó al presentarlo y al insistir en que se discutiese.

"Fue, pues, objetivo de ambos Organos complementar o, por decirlo así, redondear el impuesto sobre la renta de modo tal que la que pasase de cierta cuantía concurriese con mayor tributación y de que los capitales inactivos no la esquivasen, a favor de su misma inactividad, tan extraña y aun contraria a la función social que a la propiedad asigna el artículo 26 de la Constitución.

"Y fue también móvil determinante del Gobierno al proponer y del Congreso al dictar la ley, la obtención de la mayor equidad posible en el gravamen sobre la renta, en la inteligencia de que mientras no se establecieron las adiciones complementarias de que aquí se trata, permanecería alejado de la igualdad que en todo tributo debe procurarse, la que no consiste en la aparente de los números, la cual hasta puede ser identidad aritmética y sin embargo disfrazar una lamentable desigualdad efectiva. La proporcionalidad es lo que, desde este punto de vista, se encamina mejor a la equidad anhelada, y una medida eficaz en este sentido es más plausible en cuanto, de otro lado, evite los escapes al tributo, fáciles bajo aquellas apariencias engañosas.

"La progresividad de un impuesto busca ambos fines. Si a mayor renta corresponde mayor cuota, se logra más equidad. Cuando a la de mil pesos, por ejemplo, corresponden diez y, sobre el mismo pie de igualdad meramente numérica, a diez mil pesos corresponden ciento, sencillo es suponer, y reconocer también como una realidad, lo sencillo de que, mientras los diez abrumen al contribuyente en el primer caso, apenas toquen al del segundo o lo sean ligeros. Además si la renta pasa de cierto límite de producción de determinado patrimonio, es de estricta justicia social y fiscal que quien tánta ventaja obtiene contribuya más del que ve limitada la producción de su haber por debajo o a lo sumo a la altura de ese nivel o límite.

"Tal razón cardinal de lo atañedero al exceso de utilidades, cuya naturaleza y procedencia obliga a reconocer que no

puede reputarse como algo distinto del impuesto sobre la renta, sino como un nuevo detalle en la reglamentación de éste.

"Aunque con visibilidad menos nítida, otro tanto acontece con el del patrimonio, entre otras razones, por la decisiva de que su fuente o razón de ser está en que a cada patrimonio se le presume cierta capacidad productiva; de suerte que, si su dueño, por abandono o cualquier otro motivo o conjunto de motivos, no se la obtiene, el Estado no ha de ser la víctima. Así, por ejemplo, el propietario de un lote de terreno urbanizable al presente o en futuro más o menos próximo, esperando la oportunidad de realizar ese negocio con el mayor provecho posible, lo demora y deja entre tanto el lote sin producir; en tales circunstancias no puede sustraerse a su obligación de contribuyente al erario a pretexto de esa improducción actual. Bienes de esa situación y clase, que suelen verse hasta en lugares centrales de ciudades en progreso, estorbándolo, representan como determinantes de su inactividad actual la acumulación de los elementos valorizadores que aquel mismo progreso trae consigo, sin que el dueño ponga en el aumento de su fortuna algo distinto de su misma inactividad. Claro es que ésta en muchas ocasiones puede tener causa distinta, pues no es única la que acaba de ofrecerse como ejemplo, y claro también que en el caso de anhelo o cálculo de ganancias ulteriores, éste puede resultar inexacto o defraudado; pero lo procedente es lo atañedero a esa inactividad y a la antedicha presunción sobre una productividad cuyo coeficiente señala la ley. Cabe observar cuán reñido cataría con el interés público ese como privilegio en que quedarían los patrimonios inactivos y por lo mismo exentos de tributos, en contraste con los patrimonios activos, si sólo éstos se sometiesen a tributación. Y así ese impuesto viene a ser no sólo acicate para que la propiedad cumpla su función constitucional antedicha, sino prenda de armonía entre el interés social y el privado, cuya pugna a veces frecuente y siempre funesta debe la ley evitar y en lo posible prevenir.

"En lo dicho hasta aquí se encuentra la confirmación de que, como lo declararon la exposición de motivos aludida y el informe de la comisión de la Cámara citado y trascrito en parte arrancan de una misma fuente, tienen un mismo fundamento y persiguen un mismo fin al punto de constituírse en uno solo los que como tres impuestos diferentes presenta la demanda, ya que el de patrimonio y el de exceso de utilidades son modalidades del de la renta, establecidas para complementar éste dándole mayor eficacia y, principalmente, mayor equidad, en cuanto más lo acercan a la verdadera igualdad de que atrás se habló como mira que ha de tener un tributo".

Y más adelante agregó:

"Lo dicho hasta aquí, persuadiendo de la completa unidad de lo que como tres impuestos distintos indica la demandante, hace ver que la Nación al liquidárselos y cobrárselos no ha faltado a sus estipulaciones y deberes contractuales, puesto que de la exención pactada en la cláusula VIII se exceptuó el impuesto sobre la renta y puesto que son mero complemento y adición de él aquéllos de cuyo cobro se queja la demanda.

"Recibir la Nación y seguir recibiendo lo que corresponde a esos dos renglones de ese impuesto trifásico y único no es, pues, en manera alguna violar su contrato.

"Así, pues, aun situado el problema sobre las bases del derecho común, con ese contrato como guía suprema, tiene que reconocerse que con aquel cobro no ha dejado la Nación de cumplir los deberes que aun dentro del más severo criterio estrictamente civil le incumben como parte contratante.

"De resto, el tenor literal de la ley habría bastado por sí solo para imponer igual concepto. Efectivamente, ella (la 78 de 1935) dice en su artículo 13: "Establécese un impuesto adicional al de la renta sobre el exceso de utilidades líqui-

das obtenidas en cada año gravable por las personas naturales o jurídicas gravadas con impuesto sobre la renta en Colombia". Y dice en su artículo 21: "Establécese un impuesto anual complementario y accesorio al impuesto sobre la renta, sobre el patrimonio poseído dentro del país en 31 de diciembre del año anterior por toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sujeta al impuesto sobre la renta en Colombia...."

"Y el mismo artículo 21 en su inciso 2º reza: "En consecuencia, y para todos los efectos legales, el impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre el patrimonio, se considerarán como un todo indivisible". (Subraya la Corte).

Lo anterior es suficiente para justificar la negativa a la petición principal de la demanda.

La petición subsidiaria de la demanda se refiere a la devolución de la cantidad de $ 972.58, que representa la diferencia entre la cantidad que se cobró a la Compañía por impuesto sobre el patrimonio en 1935 y por impuesto sobre el exceso de utilidades en el mismo año, y la que realmente debió liquidarse y cobrarse a dicha entidad si se hubiera tenido en cuenta la exención de impuestos relativa a los muelles, más los intereses correspondientes.

Los hechos en que se apoya la petición subsidiaria del libelo, son éstos:

"7º La Compañía celebró con la Nación el contrato de fecha 8 de abril de 1905, que fue aprobado por la Ley 62 del mismo año.

"8º En dicho contrato (artículo 8º, aparte III) se estipuló a favor de la Compañía la exención de contribuciones nacionales y departamentales, con excepción de las facturas y derechos consulares, en lo que se refiere a las obras previstas en el contrato.

"9º Los muelles previstos en el contrato de 1905 representaban en 31 de diciembre de 1935 un patrimonio de $ 138,150 poseído por The Santa Marta Railway Company Limited.

"10. Por causa del desconocimiento de la exención contenida en el artículo 8º del contrato de 1905, aun en el caso de que se admitiera exención general de impuestos pactada en el contrato de 1932, a que se refiere la petición primera de esta demanda, la Compañía pagó por impuesto sobre el patrimonio correspondiente al año de 1935 un exceso de $ 1,105.20.

"11. En cambio, al reconocerse a la Compañía la exención de impuestos sobre el patrimonio en la parte correspondiente al valor de los muelles, el impuesto de exceso de utilidades subiría en $ 132.62, por lo cual la suma que debería devolverse a la Compañía, en el evento de que sólo se le reconociera la exención parcial del contrato de 1905, sería la diferencia entre lo liquidado de más por impuesto sobre el patrimonio y lo liquidado de menos en el impuesto sobre exceso de utilidades, o sea $ 972.58".

El artículo 8º del contrato de 1905, dice así:

"I. La de que sean consideradas como de utilidad pública, para los efectos de la Ley 56 de 1890;

"II. La de que se puedan introducir libres de derechos de importación los materiales destinados única y exclusivamente para su construcción, explotación y conservación, así como las máquinas y muebles de servicio para los muelles y sus anexidades;

"III. La exención de contribuciones nacionales y departamentales, con excepción de las facturas y derechos consulares".

Las obras a que se refiere el contrato son, según el artículo 1º, dos muelles en el lado nordeste de la bahía de Santa Marta,

Este contrato fue aprobado por la Ley 62 de 1905 con alguna modificación consistente en poner "accesorios de servicio" donde decía muelles de servicio".

De manera que con la aprobación expresa del Congreso Nacional se hizo a la compañía la concesión consistente en exi-

mirla del pago de contribuciones nacionales, exceptuando solamente las facturas y derechos consulares. Por tanto, es procedente la petición subsidiaria de que se ha hablado.

Dice el señor Procurador Delegado en lo Civil que el contrato aprobado por la Ley 62, se refiere a dos muelles y que en el denuncio de la Compañía figuran entre los elementos patrimoniales no dos muelles sino cuatro, por valor de $ 138,-150, a que se refiere la demanda, y que la declaración perseguida en la acción subsidiaria no podría hacerse por falta de prueba.

Para aclarar esta cuestión, en auto para mejor proveer se solicitó un informe al ingeniero inspector del Ferrocarril Nacional del Magdalena y este funcionario lo envió con fecha cuatro del corriente, acompañado de un plano de los muelles. Dice así el informe referido:

"La compañía denominada The Santa Marta Railway Company Limited, tiene en la bahía de Santa Marta dos (2) muelles. Para hacer esta afirmación de que son dos (2) los muelles, me fundo en su capacidad de atraque, es decir en que para los efectos de cargue y descargue sólo pueden arrimar simultáneamente dos barcos de los que comúnmente llegan a este puerto a dejar carga y a llevar bananos. No puedo decir por qué, en el expediente a que hace mención el señor Procurador Delegado en lo Civil, aparecen marcados hasta cuatro (4), pero presumo que tal afirmación se deba a que para definir el número de muelles no se tomó en cuenta su extensión ni su capacidad de atraque, sino su forma. Para ilustrar mejor lo anteriormente dicho me permito acompañar al presente informe un plano en el que pueden apreciarse los distintos cuerpos o plataformas que constituyen los muelles propiamente dichos, y que son:

"Uno de 120,80 metros (ciento veinte metros ochenta centímetros), compuesto de dos plataformas de madera marcadas en el plano con las letras A y B; y el otro de ochenta y ocho metros cincuenta centímetros (88,50), compuesto de cuatro plataformas de madera que aparecen marcadas en el plano con las letras C, D, E y F.

"Un barco frutero de 2,850 toneladas (dos mil ochocientas cincuenta) tiene un eslora de ciento veintiún metros (121) aproximadamente. Como el atraque se hace de costado, un barco de tamaño medio, como el que se muestra en proyección horizontal, ocupa toda la extensión del muelle compuesto de las plataformas A y B que es el de mayores dimensiones".

Con el informe anterior quedó aclarado que sólo se trata de dos muelles, construidos conforme al contrato de 1905. En este contrato se estipuló que la obra debía ejecutarse de acuerdo con los planos aprobados por el Gobierno. También se estipuló en el artículo 5º el derecho de reversión en favor del Gobierno, al cual deberán pasar los muelles con todas sus dependencias y accesorios, a título gratuito en buen estado de servicio, una vez expirado el término del contrato.

De todo esto se desprende que la exención de impuestos se hizo sin otra limitación que el impuesto de facturas y de derechos consulares; que tal exención fue aprobada expresamente por el Congreso, entidad que podía hacerlo de acuerdo con sus facultades y que la cláusula que exime de contribuciones se refiere a una obra que pasará a ser propiedad de la Nación a la expiración del plazo fijado en el contrato.

Por consiguiente, al tenor del artículo 1602 del C. C. y demás disposiciones de la obra citada que rigen lo relativo a la interpretación y cumplimiento de los contratos, debe reconocerse la exención de que se ha tratado.

Esta conclusión está de acuerdo con la doctrina sentada por la Corte en otros fallos, entre ellos los de fecha 9 de mayo de 1938 y 25 de septiembre de 1939. En la primera de las sentencias mencionadas, dictada en el juicio de la Nación contra la Andian National Corporation Limited, la Sala Plena en lo Civil dijo lo siguiente:

"Aceptada por el Estado una obligación contractual, su cumplimiento es ineludible, sin que puedan interpretarse las leyes nuevas expedidas con posterioridad a la celebración del contrato, en el sentido de hacer más gravosas las prestaciones a que está obligada la parte contratante. Eso equivaldría a modificar unilateralmente el contrato, lo cual se opone a los principios de derecho, a la equidad y a la estabilidad de las instituciones jurídicas".

De acuerdo con lo anterior, se debe resolver de conformidad la petición subsidiaria de la demanda, menos en lo relativo al pago de intereses desde el 1º de junio de 1937, porque no puede estimarse que la Nación recibió de mala fe el impuesto que se ordena devolver. Artículo 2318 del C. C.) Además, mal podría pensarse que ha habido mora en el pago sin dictarse este fallo, que es precisamente el que deduce contra aquella entidad la obligación de devolver la suma cobrada por concepto del impuesto que se ha mencionado y fija su monto. (Artículo 1617 del C. C.)

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

The Santa Marta Railway Company Limited por razón del contrato de fecha 8 de abril de 1905, aprobado por la Ley 62 de ese mismo año, está exenta del pago del impuesto sobre el patrimonio por el valor de los muelles de su propiedad.

En consecuencia, la Nación, por conducto de la Tesorería General de la República, debe devolver a la mencionada Compañía, dentro del término de seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de novecientos setenta y dos pesos cincuenta y ocho centavos ($ 972.58), que representa la diferencia entre la cantidad que se cobró a la Compañía por impuesto sobre el patrimonio en 1935 y por impuesto sobre exceso de utilidades en el mismo año, y la que realmente debió liquidarse y cobrarse a dicha entidad si se hubiera tenido en cuenta la exención de impuesto relativa a los muelles.

No hay lugar a hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Francisco Vizcaíno — Liborio Escallón — Pedro A. Gómez Naranjo — Ricardo Hinestrosa Daza — Eleuterio Serna R. — Mario Cajiao, Secretario.

ACUERDO NUMERO 3

En Bogotá, a veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta, presentes los señores Magistrados de la Sala de Casación en lo Civil, doctores Liborio Escallón, Presidente; José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez y Hernán Salamanca, con el Secretario, Dr. Pedro León Rincón, se constituyeron en Sala de Acuerdo para elegir los Conjueces que deben formar la expresada Sala, para el presente período, y el resultado fue el siguiente:

1. Antonio Rocha.
2. Juan Francisco Mújica.
3. Eduardo Zuleta Angel.
4. Hernán Copete.
5. José Arturo Andrade.
6. Tancredo Nannetti.
7. Víctor Cock.
8. Timoleón Moncada.
9. Otto Barrios Guzmán.
10. Eduardo Rodríguez Piñeres.
11. Manuel José Ramírez Beltrán.
12. Arturo Salazar Grillo.

Se dio por terminado el presente Acuerdo y se ordenó comunicarlo a los nombrados.

El Presidente, **Liborio Escallón** — **José Miguel Arango** — **Isaías Cepeda** — **Ricardo Hinestrosa Daza** — **F. Lequerica Vélez** — **Hernán Salamanca** — **Pedro León Rincón**, Srio. en ppd.

INDICE

Pág.

EDITORIAL. — LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO, por Bernardo Larraín Vial. 193

SALA DE CASACION CIVIL

DECLARACION DE EJECUTORIA. DE LA SENTENCIA RECURRIDA. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 207

COBRO DE UN CREDITO HIPOTECARIO. FRUTOS CIVILES. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR MORA. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Abel M., Alfredo y Matilde Segura de Manrique contra Juan de Jesús Pinilla, por pesos. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 209

MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO. ORDEN PUBLICO ECONOMICO. COMISION DE CONTROL Y OPERACIONES DE CAMBIO. CONTROL LEGAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR. PROHIBICION DEL LIBRE COMERCIO DE ORO. PRINCIPIO DE COMPENSACION. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de la Curacao Trading Company contra Elias M. Muvdi, el 7 de noviembre de 1938, por pesos. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 218

ACCION REIVINDICATORIA Y NO DE PETICION DE HERENCIA. PETICION DE HERENCIA. INTERPRETACION DE LA DEMANDA. VENTA DE DERECHOS HERENCIALES. Se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de 23 de marzo de 1939, en el juicio ordinario sobre petición de herencia, seguido por Severo y Clemente Soto contra Miguel Cordero y otro. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 225

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO CERRADO. NULIDAD Y VALOR DE LOS ACTOS JURIDICOS. REQUISITOS PARA EL VALOR DE LOS ACTOS JURIDICOS. REQUISITOS ESENCIALES EN EL OTORGAMIENTO DE LOS TESTAMENTOS CERRADOS. PRUEBA DEL HECHO NEGATIVO EN CIERTOS CASOS. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, el 10 de marzo de 1939, en el ordinario de la señora Felisa Almeida v. de Camacho contra Temístocles Otero. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 236

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 26 de abril de 1939, en el ordinario de Julio Calle H. y otro contra Eugenia Vélez de Jaramillo y otras. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza . . . 243

FILIACION NATURAL. HISTORIA EVOLUTIVA DEL DERE-

Pág.

CHO SOBRE ESTA MATERIA EN FRANCIA. CINCO CASOS EN QUE PERMITE LA LEY FRANCESA LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. HISTORIA SOBRE LA MATERIA EN COLOMBIA. ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS LEGISLACIONES. EL ESTATUTO PATRIO NO SEÑALO TERMINOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION. LA MUERTE DEL PADRE NATURAL ES CAUSA DE EXTINCION DE ESA ACCION. QUIEN ES LEGITIMO CONTRADICTOR CONFORME A NUESTRA LEGISLACION EN LA CUESTION DE PATERNIDAD. INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936. QUE INCIDENTES CABEN EN EL RECURSO DE CASACION. PERSONERIA SUSTANTIVA. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, proferida el 30 de mayo de 1939, en el ordinario de Jorge Oracio Osorio contra Tomasa Calderón o Centeno. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 249

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. ABANDONO DE MINAS. SU REDENCION. DENUNCIA Y ADJUDICACION DE NUEVA MINA. No se casa la sentencia porferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 23 de febrero de 1939, en el ordinario de Germán Molina Callejas contra la sociedad minera de El Brasil. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 287

ACCION DE DEVOLUCION DE DINEROS POR EL PAGO DE IMPUESTOS. TECNICA DE CASACION. CONCEPTO CIENTIFICO SOBRE CONSUMO. IMPUESTOS. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 18 de mayo de 1939, en el ordinario seguido por Cervecería Libertad contra el municipio de Medellín. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 293

REIVINDICACION. — INCONGRUENCIA. NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION REIVINDICATORIA. POSESION DEL COMUNERO. APRECIACION DE PRUEBAS. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de marzo de 1939, en el ordinario seguido por Lucía Parra de Castañeda contra Juan C. Díaz. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 303

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE. HIJUELAS COMO TITULO DE DOMINIO. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha 18 de noviembre de 1938, en el juicio seguido por Tomás, Pedro y Tulia Londoño M. contra Gonzalo Arango Angel. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. . 313

ACCIONES RESOLUTORIAS DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION. ACCION DE RESOLUCION INICIADA DESPUES DE LA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. JURISPRUDENCIA ACTUAL DE LA CORTE SOBRE ESE PUNTO. CADUCIDAD POR ABANDONO DE LA ACCION. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 27 de marzo de 1939, en juicio seguido por Antonio María Ocampo contra Jorge Gaviria Echeverri y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 315

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PETROLEOS. PROPIEDAD PAR-

Pág.

TICULAR DEL PETROLEO EN COLOMBIA. Se declara fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo, en la finca de Padilla. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 321

EXCEPCIONES. Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación en el ejecutivo que contra Pedro Nel Zamorano adelantaba el Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones, en favor de la Nación. Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno. 333

ACCION DE PERJUICIOS. EXCEPCIONES. PUENTES SOBRE LOS RIOS NAVEGABLES. Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales el 20 de abril de 1937, en el juicio seguido contra la Nación y el Departamento de Caldas por J. Castro & Hijo y otro. Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno. 336

JUICIO POSESORIO DE MINAS. No se accede a la revocatoria de la providencia de fecha seis de julio de 1939 proferida por la Sala de Negocios Generales, en el juicio posesorio de minas seguido por la Compañía Minera Chocó Pacífico, por perturbación en virtud de órdenes emanadas del Ministerio de Industrias y Trabajo. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 363

RECURSO DE HECHO. COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES PARA EL CONOCIMIENTO DE ALGUNOS INCIDENTES EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA. Se niega la admisión del recurso de hecho interpuesto por Miguel J. Caldas contra el fallo de

Pág.

fecha 12 de agosto de 1939, proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ejecutivo seguido contra él y a favor de la Nación. 369

PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS. MERCEDES DE TIERRAS CONFORME A LA LEGISLACION ESPAÑOLA. QUE SE ENTENDIA POR SOBRAS, CABALLERIAS O ESTANCIAS. CEDULAS REALES. TITULOS ANTERIORES AL AÑO DE 1821. PRESCRIPCION. Se declara fundada la oposición de la Compañía "Richmond Petroleum Company of Colombia" a la propuesta de contrato hecha al Gobierno Nacional por el Sindicato de Inversiones, S. A., sobre exploración y explotación de petróleos. Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno. 371

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS. TITULOS ANTERIORES AL AÑO DE 1821. Se declara fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en la finca denominada "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande". Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 415

EXCEPCIONES. SUELDOS. Se declara que no son procedentes las excepciones propuestas en el ejecutivo seguido por Candelario García contra el Departamento del Magdalena, quedando en esos términos reformada la sentencia proferida por el Tribunal de Santa Marta el 11 de diciembre de 1937. Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno. 427

Págs.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCION SOBRE EXENCION DE IMPUESTOS Y SOBRE DEVOLUCION DE LO PAGADO POR ELLOS. Se declara que la Compañía demandante está exenta del pago de los impuestos sobre la renta, sobre el patrimonio y sobre el exceso de utilidades. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 433

Págs.

ACCION DE EXENCION Y DEVOLUCION DE IMPUESTOS. IMPUESTOS DE PATRIMONIO Y DE EXCESO DE UTILIDADES. Se declara que la compañía demandante está exenta del pago del impuesto sobre el patrimonio por el valor de los muelles de su propiedad. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 441

ACUERDO NUMERO 3 de la Sala de Casación en lo Civil 443

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

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

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLIX — Junio y Julio de 1940. — Nos. 1957 y 1958.

LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO

(Continuación)

Por

BERNARDO LARRAIN VIAL

TITULO II

LA LESION ANTE EL DERECHO EXTRANJERO

29—*Este Título será como la continuación del estudio histórico desarrollado en el anterior. Nos ocuparemos en él de la época contemporánea.*

Demás está decir, que nos limitaremos al estudio de aquellas legislaciones de países de civilización europea. Los otros, o están muy atrasados, o tienen una mentalidad demasiado distinta a la nuestra.

A fin de darle mayor claridad a nuestra exposición, clasificaremos las diversas legislaciones en cinco grandes grupos.

"Se puede, como dice Louis-Lucas, o bien atenerse al daño patri-

monial: es la concepción objetiva y materialista de la lesión; o bien, despreciar este hecho material para no tomar en consideración más que la deformación intelectual que sería encubierta detrás de él; es la concepción subjetiva y psicológica". (52). *En esta última, cuyo modelo es el derecho inglés y el norteamericano, producido un daño, por pequeño que sea, si es el resultado de una incorrección el tribunal debe intervenir. Al revés, en el criterio objetivo y materialista, cuyo modelo es el derecho francés, lo único que interesa es el daño producido. Si éste supera o es inferior a un porcentaje preestablecido se atacará o no el acto por lesión. Es un sistema mecánico, demasiado rígido, en que todo se reduce a una cuestión de números.*

Entre estos dos extremos existe un término medio, ocupado por aquellos países que contemplan ambos factores. No les basta la existencia de un daño para que la acción pueda prosperar. Exigen también un factor subjetivo, que puede ser, como en el Código Soviético un estado de inferioridad, o como en el Código germano, a más de este estado de inferioridad la comisión de un acto ilícito, que no otra cosa significa la explotación del lesionado prescrita por dicho Código.

El cuarto grupo lo destinaremos al estudio de aquellas legislaciones que sólo reconocen a la lesión ciertos y muy limitados efectos. El Código-tipo de este grupo será el español.

Finalmente, mencionaremos las legislaciones que no han reconocido a la lesión ningún efecto jurídico. A ellas les ha servido de modelo el Código portugués.

De lo dicho se desprende que agruparemos las legislaciones extranjeras en las cinco categorías siguientes:

1°—Legislaciones que admiten la lesión como un vicio subjetivo.

2°—Legislaciones que sólo la admiten como un vicio objetivo.

3°—Legislaciones en las cuales la lesión, es a la vez, un vicio objetivo y subjetivo.

4°—Legislaciones que sólo reconocen a la lesión ciertos y limitados efectos.

5°—Legislaciones que no le reconocen efectos jurídicos.

SECCION I

Legislaciones que admiten la lesión como un vicio subjetivo.

30.—*Decir que la lesión es un vicio subjetivo significa despreciar, en gran parte, el desequilibrio material de las prestaciones y preferir, en cambio, el elemento consensual del contrato. Así, se la estima como un vicio del consentimiento, al igual que el error, la fuerza y el dolo, susceptible de aplicarse a todos los contratos.*

Entre estas legislaciones se encuentra la norte-americana, de la cual no trataremos especialmente por ser muy parecida a la inglesa.

Advertiremos, sin embargo, que ni aun en el derecho inglés, que tomaremos como modelo o tipo de esta clase de legislaciones, se encuentra esta idea de subjetividad absolutamente pura, pues hay cierta tendencia a introducir, como veremos más adelante, la noción objetiva que permita establecer una presunción de la existencia del elemento subjetivo.

31.—*Antes de entrar de lleno al estudio del derecho inglés, conviene hacer notar que él es esencialmente original y característico, hasta tal punto que Edwards Yenks ha dicho "que sustancialmente, el mundo moderno no ha conocido jamás sino dos*

(52) Louis-Lucas: Ob. cit. pág. 69, número 19.

grandes sistemas originales de derecho, el derecho romano y el derecho inglés". (53).

Parecerá extraña en el derecho inglés esta concepción subjetiva de la lesión, ya que el carácter general de su legislación tiende siempre a la objetividad. Así, su concepción del contrato es jurídicamente de las más rígidas. Es un todo que se cumple estrictamente, lo que se comprende, tratándose de países que como los anglo-sajones deben buscar, por sobre cualquier otra consideración, la seguridad en los contratos para evitar todo obstáculo posible a su gran desarrollo comercial. Aumenta la extrañeza si se considera que la lesión se aplica a todo contrato, y que no existe separación entre el derecho comercial y el derecho civil, alcanzando, por lo tanto, estas reglas al derecho privado en general.

La explicación de esta notoria contradicción entre el concepto subjetivo que se le ha dado a la lesión y el espíritu, manifiestamente objetivo de ese derecho, debemos buscarla en primer término, como dice M. Levy-Ullmann, en ese carácter especial al derecho inglés de ser inspirado a menudo por un espíritu casi religioso en que predomina el punto de vista moral. (54).

Además, los anglo-sajones colocan en toda su filosofía el deber antes que el derecho. Quedará, entonces, al criterio del juez en cada caso particular, armonizar este deber con el respeto debido a los contratantes. La lesión representa el quebrantamiento de un deber (duty), y el magistrado, hombre de deber, obligado como se encuentra a aplicarlo por sobre cualquier otra consideración, aún por sobre el mandato expreso de la ley, debe aceptarla si va en contra del "duty".

Como dice Morixe, en rigor, la ley resulta hecha por el magistrado, quien combina en cada caso elementos tomados de la "Common Law" y de su sentido de la equidad. (55).

32.—*Existe, en el derecho inglés, una institución peculiarísima, muy parecida a lo que fue en Roma el derecho pretorio, llamada "Equity". Su concepto no corresponde al de su traducción literal. Está constituída por la jurisprudencia de la Corte de la Cancillería inglesa, que completa los vacíos y corrige los errores del derecho existente.* (56).

Es, precisamente, dentro de esta institución donde se aplica la teoría de la lesión, que se encuentra involucrada entre los vicios del consentimiento.

33.—*Los ingleses conocen cinco vicios del consentimiento. A uno de ellos, llamado "undue influence" (influencia indebida o abuso de confianza), ha recurrido la Equity para reprimir las convenciones lesionarias.*

En la enciclopedia de Halsbury, se define la "undue influence" como "el hecho contrario a la conciencia, por el cual una persona hace uso indebido del ascendiente que posee sobre otra persona para inducirla a contratar".

Demontés, a su vez, cree que ella es una falta, de parte de la persona que ha lesionado al otro contratante, al deber moral que le incumbía de dejarlo determinarse libremente. (57).

Lehr, sostiene que la influencia indebida no consiste, como el fraude, en la afirmación voluntaria de

(53) Citado por Morixe: ob. cit. pág. 129.

(54) Levy-Ullman: Disertación publicada en el *Bulletin de la Société d'Etudes Legislatifs*, año 1922, pág. 38.

(55) Morixe: ob. cit., pág. 134.

(56) Morixe: ob. cit. pág. 130: Demogue: ob. cit., t. I. pág. 684. Nº 456 bis.

(57) Demontés: ob. cit., págs. 53 y 54.

hechos falsos, pero si en una presión más o menos inconsciente cuyo efecto es atraer a la otra parte a la celebración de actos u obligaciones desventajosos para ella. Su extensión es insospechada. No sólo alcanza a los contratos celebrados entre familiares, y subordinados con superiores, sino que llega hasta aquellos en que interviene un abogado o médico con su cliente, un sacerdote con su penitente, o una persona que se encuentra en inferioridad intelectual o social con respecto a otra superior en alguno de estos conceptos. (58).

Vemos, entonces, que el derecho de anular un contrato fundándose en una influencia indebida se puede ejercer en todos los casos en que esta influencia exista y se cometa, verdaderamente, un abuso.

Por regla general esta acción debe ser probada por quien la invoca. Pero existen casos excepcionales en que ella se presume. Acontece así cuando la presión moral es evidente, es decir cuando hay un lazo particular de confianza entre las personas que han intervenido en el contrato, como en el que se celebra entre médico y paciente, superior y subordinado, etc. (59).

También se presume la lesión, y aquí nos encontramos con el caso en que podríamos fundarnos para sostener la introducción del elemento objetivo en el derecho inglés, cuando es de tal magnitud que importa por sí sola un negocio inconcebible o contrario a la conciencia (unconscionable bargain). No debemos olvidar, sin embargo, que son los jueces quienes en definitiva y con entera libertad van a aplicar la ley. Ellos se transforman en verdaderos legisladores de cada caso particular que juzgarán basados en un criterio eminentemente subjetivo. Así, si se presentara el caso de un contrato desproporcionado, pero suscrito por personas capaces de velar conscientemente por sus intereses, la acción de lesión seguramente sería desechada.

Respecto a los efectos que puede producir la ratificación de las partes en la existencia de este vicio, nos dice Lehr, que los tribunales no la reconocen como válida, sin comprobar que la parte lesionada se ha sustraído completamente a la influencia indebida y sin haber debidamente esclarecido la naturaleza y monto del compromiso. (60).

El juez que conoce de una convención lesionaria puede anularla total o parcialmente, o bien condenar a las partes a la ejecución de algunas obligaciones. Quien invoca la equidad debe someterse a ella. (61).

Declarada la nulidad del contrato no alcanza a los terceros de buena fe que hayan adquirido a título oneroso. Por consiguiente, no se podrá ejercer acción alguna en contra de ellos. (62).

34. — *La jurisprudencia inglesa registra casos en que no se respeta la cláusula penal no obstante haber sido libremente aceptada por los pactantes. No es raro encontrarse con fallos que la restrinjan si la encuentran excesiva o la aumenten si estiman que ella no alcanza a cubrir los daños y perjuicios.* (63).

35.—*El derecho inglés, influenciado por la Iglesia Anglicana, que sustenta en esta materia los mismos*

(58) Lehr: *Eléments de Droit Civil Anglais*, t. II, pág. 140, Nº 737.

(59) Levy-Ullmann: *Bull. de la Soc. d'Et. Legisl.*, año 1922, pág. 38.

(60) Lehr: ob. cit., t. II, pág. 141, Nº 738.

(61) Perrin, citado por Morixe: ob. cit., pág. 135.

(62) Levy-Ullmann: *Bull. de la Soc. d'Et. Legisl.*, año 1922, pág. 38.

(63) Demogue: ob. cit., t. I, pág. 685, número 456 bis.

principios ya estudiados, de la Iglesia Católica Romana, combatió la usura. Pero, las doctrinas económicas del siglo diez y ocho, que alcanzaron su pleno triunfo en la Revolución Francesa, consiguieron cambiar este sistema. Así fue como un Act. de 1834, abolió todas las trabas impuestas a la usura. Esto en la teoría, porque los Tribunales, siguiendo su tradicional criterio, continuaron prestando amparo a los deudores víctimas de una usura. Hasta que, el 8 de agosto de 1900, en la ley denominada Moneylauder's Act., se consagraron los principios de los Tribunales de Equity. (64).

Aunque sea algo extenso, copiaremos el artículo primero de esta ley. El reviste un enorme interés, porque nos muestra en forma gráfica la diferencia substancial que existe entre el sistema inglés y el nuestro. La disposición aludida dice así:

Artículo 1º—"Sobre una demanda formulada ante un tribunal cualquiera, por un prestamista de dinero, sea en pago de dinero prestado antes o después de entrar en vigor la presente ley, sea en ejecución o realización de un contrato hecho o de una garantía tomada por él relativamente al dinero prestado antes o después de entrar en vigor la presente ley, si se ha establecido a los ojos del tribunal, que los intereses exigidos son excesivos, con respecto a la suma realmente prestada, o que a las sumas prestadas a título de desembolsos, informes, cláusulas penales, bonos, primas, renovaciones, o cualesquiera gastos son excesivos, o que en uno u otro caso la operación es onerosa y leonina o de tal naturaleza que un tribunal de equidad rehusaría sancionarla, el tribunal puede modificar las cláusulas y condiciones de dicha operación y establecer una cuenta entre el prestamista de dinero y la persona perseguida. El tribunal puede igualmente, no obstante toda declaración, toda cuenta anterior o toda nueva convención pretendiendo cerrar las operaciones anteriores y efectuar novación, establecer de nuevo la cuenta y descargar al defendido del pago de toda suma que sobrepase lo que el tribunal estimare que razonablemente se debe en virtud del préstamo e intereses comprendidos los riesgos y circunstancias de la causa". Sigue, después, el artículo dándole nuevas facultades al juez en cuanto a la garantía para "anularla en todo o parte, revisarla o modificarla..." etc.

"Si se ha establecido a los ojos del tribunal.....", "el tribunal puede modificar...". "El tribunal puede igualmente..." Todas, desde la primera hasta la última frase de este artículo, consagran, en forma que llega a parecernos redundante, el arbitrio judicial. Así es el derecho inglés. Y esta sola característica bastaría para confirmar, ampliamente, la frase que insertábamos al iniciar el estudio de este derecho. "Substancialmente, el mundo moderno no ha conocido jamás sino dos grandes sistemas originales de derecho, el derecho romano y el derecho inglés".

SECCION II

Legislaciones que sólo admiten la lesión como un vicio objetivo.

36.—*En estas legislaciones, al revés de lo que ocurría en el grupo anterior, predomina el elemento material de la lesión. Ella "funciona matemáticamente, mecánicamente, desde el momento que las condiciones requeridas por la ley se encuentran reunidas, y con abstracción de toda consideración derivada de la menta-*

(64) Demogue: ob. cit., t. II, página 685, número 456 bis.

lidad de los contratantes, del fin perseguido por ellos". (65). Si la desproporción existente entre las prestaciones es mayor a una cierta tasa fijada por la ley, procede la rescisión. La sencillez de esta regla la hace de fácil comprensión.

Las legislaciones que siguen este sistema, adolecen del inconveniente, que al buscar su fundamento jurídico es forzoso concluir, que sólo se le encuentra en un favor arbitrario del legislador para ciertos contratos. Es la concepción romana de la lesión.

— 1° —

Derecho francés.

37.—*En el Código Civil francés no está contemplada la lesión como regla general. El artículo que la consagra,* 1118, *dice así: "La lesión no vicia las convenciones más que en ciertos contratos y respecto de ciertas personas, según se explicará en la misma sección".*

Muchos autores, queriendo defender, hasta lo último, la existencia del principio de la libertad contractual, que les pareció amagada con la aceptación hecha por el Código francés del concepto objetivo de la lesión, sostuvieron que ella constituía un vicio del consentimiento. Se adujo como argumento la colocación del artículo 1118. *Se encuentra, en el Título "Del consentimiento" y a continuación de los vicios de la voluntad. Louis-Lucas, dice que esto puede explicarse y se explica en parte, tanto por una incertidumbre del legislador sobre la verdadera naturaleza de la lesión, como por una convicción firme de su parte. Es, porque ha encontrado un parecido entre la lesión y los vicios del consentimiento, y no ha descubierto ningún parecido más neto entre la lesión y algún otro concepto objetivo, o como dice Demogue, estos son indicios de la explicación dada por el legislador de la idea de lesión, pero nada más.* (66).

Por otra parte, si nos detenemos a considerar las disposiciones contenidas en los contratos a que se refiere expresamente el artículo 1118, *se despeja toda duda. Allí aparece el elemento objetivo de la lesión en toda su intensidad. Sólo se exige que se haya producido un daño, cuya tasa está fijada por la ley; es una forma precisa. Para nada interesa la conducta del individuo, ni si el consentimiento ha sido viciado o no.*

El artículo 1118, *dice que la lesión se aplica a "ciertos contratos" y a "ciertas personas". Esto significa que el Código Civil francés no le da valor a la lesión sino en estas dos hipótesis: de una manera general en los actos y contratos en que el menor es parte y, a título excepcional, en ciertos contratos entre mayores. Estudiaremos por separado cada una de estas situaciones.*

38.—La lesión en favor de los menores.—*Dice el artículo* 1313 *del Código Civil, "los mayores no gozan del beneficio de restitución por causa de lesión, sino que en los casos y bajo las condiciones expresadas en el presente Código". De aquí concluimos que esas "ciertas personas", a que hace mención el artículo* 1118, *son los menores.*

"La simple lesión, dice el artículo 1305 *de dicho Código, da lugar a la rescisión en favor del menor no emancipado, contra toda clase de convenciones; y en favor del menor emancipado contra toda clase de convenciones que pasen los límites de su capacidad, como se determina*

(65) Josserand: *L'esprit des droits*, páginas 137 y 136.

(66) Louis-Lucas: ob. cit., pág. 12, N° 3; Demogue: ob. cit., t. I, pág. 620, N° 400.

en el Título "De la menor edad, de la Tutela y de la Emancipación.

"Vemos que no se exige ninguna cuota mínima en el daño sufrido y que basta con probar la existencia de esa "simple lesión", sin que sea necesario demostrar la explotación, ni las proporciones anormales alcanzadas por el perjuicio. (67).

"En general, podemos decir que la acción de lesión se le concede al menor en todos los casos en que éste celebra convenciones excediendo los límites de su capacidad. Por consiguiente, el no emancipado puede atacar todas las celebradas por él mismo, y el emancipado todas aquellas en que necesitando el concurso de un curador no lo obtiene". (68).

Según el artículo 481 del Código Civil, se autoriza al menor emancipado a ejecutar válidamente y sin ninguna asistencia "todos los actos que son de pura administración..." "Estos actos de pura administración, desprovistos de formalidades, no tienen jamás la seguridad de ser inatacables; en un caso están amezados de rescisión por causa de lesión, en el otro de reducción por causa de exceso". (69). *Mientras el acto lesionario lleva en sí una desproporción entre las partes que lo celebran, el excesivo es el que no está en relación con la fortuna y situación social del menor.*

Existe, finalmente, una nulidad por defectos de forma, que se aplica cuando se violan, aún por los padres o tutores, las solemnidades especiales con que se revisten ciertos actos. Esta, que es una nulidad relativa, no tiene nada que ver con la idea de lesión. (70).

Tenemos así, en el caso de los menores premunidos de discernimiento, tres sanciones enteramente distintas: la rescisión por lesión, la reducción por exceso y la nulidad. (71).

39.—La lesión en la compraventa. *Con ella empezamos el estudio de aquellos contratos en que, excepcionalmente, admite el Código francés la lesión entre mayores. El artículo 1674, de dicho Código, dice: "Si el vendedor ha sido lesionado en más de las siete duodécimas partes en el precio de un inmueble, tiene derecho a pedir la rescisión de la venta, aunque haya renunciado expresamente a ella en el contrato, o hubiere declarado donar el exceso de valor".*

Resaltan sus limitaciones; sólo se aplica a las ventas de inmuebles, el lesionado ha de ser únicamente el vendedor, el mínimum de desproporción, exigido para que prospere la acción, es el de las siete duodécimas partes del valor del inmueble. Aún así, se niega la acción en los casos de ventas de inmuebles que no pueden hacerse más que autorizadas judicialmente (artículo 1684), y en las ventas de carácter aleatorio, según la opinión unánime de la jurisprudencia francesa. Los autores franceses justifican estas dos limitaciones invocando la gran publicidad de las ventas judiciales y la na-

---

(67) Josserand: *Les moviles dans les actes juridiques*, pág. 127, nota 1.

(68) Baudry-Lacantinerie: *Des Obligations*, t. I, pág. 166.

(69) Josserand: *Cours de Droit Civil Positif Francais*, t. I, pág. 192.

(70) Colin y Capitant: *Cours Elémentaire de Droit Civil Francais*, t. I. pág. 561; Planiol y Ripert: *Traité Elémentaire de Droit Civil*, t. I, pág. 302, Nº 290.

(71) Josserand: ob. cit., t. I, páinas 186, 190, números 320, 323.

turaleza misma de las ventas aleatorias. (72).

Todo esto se comprende si se considera que el propósito del Código Civil ha sido el de establecer una medida de protección social y no individual. No debemos olvidar, que en la discusión suscitada en el Consejo de Estado, a propósito de estos artículos, fue necesaria la intervención personal del primer Cónsul Bonaparte para que se le prestara aprobación. Tuvo que recalcar la enorme importancia política que tenían para el Estado las ventas de inmuebles que afectaban el terreno patrio, base de todo el organismo social. Y agregó por último, que ellas eran medidas más bien preventivas que represivas, porque la lesión "retendrá la injusticia, y precisamente por su existencia, habrá menos ocasiones de invocarla". (73).

El plazo de la acción se reduce, de diez años que tenía antes, a dos, por el artículo 1676. Agrega, dicho artículo: "Este plazo corre contra las mujeres casadas y contra los ausentes, los que están en interdicción y los menores, si provinieren de un mayor que haya vendido. Corre también este plazo, sin que se le suspenda, durante el tiempo estipulado por el pacto del rescate".

Más adelante, se toman una serie de medidas destinadas a asegurar la sinceridad de la prueba de la lesión. El artículo 1677 resuelve que "no podrá admitirse prueba de lesión más que en juicio y solamente en el caso que los hechos expuestos sean bastante verosímiles y graves para hacer presumible la lesión"; el 1678, que "no podrá hacerse esta prueba más que por tasación de tres peritos que se obligarán a firmar una sola y común acta, y a no dar más que un solo parecer por mayoría de votos". "Habiendo diferentes pareceres deberá el acta contener los motivos, sin que sea permitido decir el parecer de cada uno de los tasadores". (Artículo 1679).

"Todas estas disposiciones restrictivas, dice Demontés, demuestran la lucha ardiente que se había entablado sobre este punto entre los partidarios de los principios de equidad y los defensores del principio de libertad. El resultado es que las demandas de rescisión deben ser, según propia confesión de los redactores del Código, muy poco frecuentes, siendo el fin perseguido más bien prevenir que reprimir las violaciones a los principios legales. Pero, una vez admitida la idea que se puede proteger a los mayores apesar de ellos, era necesario sacar algunas consecuencias. La primera es segura: el vendedor tendrá la acción de rescisión por lesión, aunque en el acto haya expresado su voluntad contraria". (74). Así, en la parte final del artículo 1674 se niega toda validez a la cláusula en virtud de la cual se renuncia a la acción de lesión en el contrato, o se declara donar el exceso de valor. Vimos, en otra parte de este trabajo, cómo esta cláusula fue de mucha aplicación en un período de la Edad Media. (75).

Se concede al comprador demandado la facultad de elegir entre la restitución de la cosa o el pago del

(72) Véase Planiol: Traité Elémentaire de Droit Civil, t. II, pág. 515, Nº 1589; Aubry et Rau: Cours d'Droit Civil Francais, pág. 414, párrafo 358; Demogue: ob. cit., t. I, página 534, Nº 413.

(73) Troplong: De la Vente, t. II, página 287, Nº 796.

(74) Demontés: Ob. cit., págs. 105 y 106.

(75) Sobre estas cláusulas véase: Baudry-Lacantinerie: De la Vente, pág. 711, número 676; Laurent: Principes de Droit Civil, t. XXIV, págs. 423 y 425, Nos. 430 y 431; Troplong: De la Vente, t. II, págs. 297 y 298, Nº 798.

suplemento de precio, disminuído en un diez por ciento. Todo, de acuerdo con el artículo 1681 *del Código Civil, que consagra esta obligación facultativa del comprador. Dice Pothier que ella "no es sino de una sola cosa, de restituir la propiedad; pero de ninguna manera es deudor del suplemento del justo precio, pues no se obligó sino a dar el precio estipulado en el contrato y nada más. La elección que le da la ley de pagar el suplemento del justo precio, es una facultad que le acuerda para que se redima de su obligación de restituír la propiedad mediante el pago de ese suplemento. Este suplemento no es sino* in facultate solutionis et luitionis, pero es in obligatione". (76).

Si prefiriese el comprador guardar la cosa, dando el suplemento de precio, debe también el interés de éste desde el día de la demanda de rescisión. Y si prefiere devolverla y recibir el precio, restituirá los frutos desde el día que se le demandó. El interés del precio que haya pagado se le cuenta también desde el día de la misma demanda, o desde el día del pago, si no hubiere percibido ningún fruto (artículo 1682). *El comprador no debe ninguna compensación por los deterioros causados por su negligencia en el período anterior a la demanda de rescisión. Si ha hecho mejoras útiles o necesarias en el terreno, tiene derecho a que se le reembolse el sobreprecio que éste ha adquirido por aquéllas. La rescisión no tiene lugar si el inmueble ha perecido por un caso fortuito. Si ella procede el comprador no tiene derecho a la restitución de los gastos del contrato.* (77).

(Continuará)

(76) Pothier: ob. cit., t. III, pág. 147, Nº 348. Sostienen también que ésta es una obligación facultativa, Troplong: De la Vente, t. II, pág. 337, Nº 837; Baudry-Lacantinerie: ob. cit., pág. 758, Nº 726; Marcade: *Explication du Code Civil*, t. IV, pág. 332; Laurent: ob. cit., t. XXIV, pág. 434, número 411; Aubry et Rau: ob. cit., t. V, pág. 181; Planiol: ob. cit., t. II, pág. 518, Nº 1596; Ricci: *Derecho Civil Teórico y Práctico*, tomo XVI, pág. 207, Nº 78; Huc: *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, t. X, pág. 267, Nº 198.

(77) Planiol: ob. cit., pág. 518, Nº 1597; Aubry y Rau: pág. 417, párrafo 358.

SALA PLENA

DECRETO ACUSADO Nº 1892 DE 1936, EN SUS ARTICULOS 2º Y 3º — POTESTAD REGLAMENTARIA—IMPUESTO SOBRE LA RENTA, SOBRE UTILIDADES Y SOBRE PATRIMONIO. — SISTEMA DE LA LEGISLACION COLOMBIANA SOBRE LOS IMPUESTOS DE RENTA Y PATRIMONIO.

1.—La potestad reglamentaria tiene dos caracteres: el primero es un factor esencial de la administración pública y el segundo lo constituye su imperio general y obligatorio como desarrollo de la ley. Este doble carácter proviene no sólo de los principios generales sino de textos expresos de la Carta Fundamental. Por eso al Presidente de la República corresponde velar por el exacto cumplimiento de las leyes, como suprema autoridad administrativa, y también ejercer la potestad reglamentaria expidiendo los decretos conducentes a la debida ejecución de la ley (numerales 2º y 3º del artículo 115 de la Constitución). La potestad reglamentaria va encaminada no solamente a hacer práctica la ejecución de las leyes, sino también a desarrollar el pensamiento del legislador, en ocasiones demasiado concreto y sintético en las normas legales. Tal potestad está limitada en cuanto al ejercerla se modifique o viole la ley que se reglamenta o se invada la acción del legislador, decretando normas que sólo a éste competen y que no están comprendidas dentro del espíritu o letra de la ley que se reglamenta. — 2.—El impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre patrimonio se consideran como un todo indivisible, según el artículo 21 de la Ley 16 de 1935 y según doctrina de la Corte. La legislación colombiana sobre impuestos de renta y patrimonio sigue el sistema del impuesto único, diferente del cedular y por eso hace materia del gravamen, bajo esas denominaciones, todo patrimonio, ganancia, renta, utilidades y excesos de éstas. Basta que alguno de esos factores se presente, para que venga la imposición por ministerio de la ley y sin consideración a si quienes deban pagar el impuesto están domiciliados en Colombia o en el exterior. 3.—El impuesto sobre la renta se cobra y recauda no sólo por toda propiedad poseída en Colombia, sino por todo negocio, industria, comercio, profesión u ocupación que tenga en el país la persona gravada y sea cual fuere el lugar donde se perciba la renta, según el artículo 5º de la Ley 78 de 1935. Siguiendo el sistema del impuesto único el legislador colombiano quiso gravar y gravó toda renta proveniente del ejercicio de cualquier actividad, toda fuente de entrada que se produzca en Colombia, sin restricción de ninguna clase. En sentir de la Corte, la misma amplitud que existe para el cobro del impuesto sobre la renta existe para la imposición y recaudo del impuesto sobre el patrimonio, puesto que tratándose de un impuesto único, siendo indivisibles para todos los efectos legales el impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre patrimonio, la Ley 78 debe interpretarse de una manera coordinada y armónica, no siendo posible hacer ninguna diferencia entre las personas sujetas al impuesto del patrimonio ni de las causas que lo producen, por lo mismo que no es posible hacer

esa diferencia en tratándose del impuesto sobre la renta. — 4.—Los artículos acusados no violan las normas constitucionales señaladas en la demanda, en el concepto de que en dicho decreto el Organo Ejecutivo haya traspasado la órbita constitucional dentro de la cual gira la potestad reglamentaria. — 5.—Aunque acepta la Corte que los créditos representados por medio de títulos al portador son susceptibles de posesión y que los créditos o derechos personales, distintos de los representados por medio de títulos al portador, pueden no ser susceptibles de posesión, y aunque anota que, por lo que atañe a estos créditos, respecto de su situación, las opiniones de los expositores están divididas, considera que las materias referentes a la posesión de los créditos representados por títulos al portador y las que atañen a los demás créditos aludidos son muy distintas por su naturaleza y orden y, por lo tanto, las reglas de derecho privado no pueden ser aplicadas irrestrictamente a las que condicionan el establecimiento y recaudación de un impuesto. La naturaleza y origen de los pactos de donde nacen los créditos y relaciones patrimoniales entre los particulares, son muy distintas del origen y naturaleza del vínculo creador de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, por consecuencia de un impuesto o de una norma general. El legislador, en materia de impuestos de esta clase no se ha ceñido, ni podía hacerlo, a nociones o reglas fundamentales del derecho civil, y por eso basta observar que el concepto de domicilio, tan trascendental e importante, fue ampliado, para efectos del establecimiento y cobro de dicho impuesto, por el artículo 4º de la ley antes citada, especialmente en el inciso 3º de la letra A, lo cual corrobora aún más la tesis que viene sosteniendo la Corte. Sería aberrante si se estableciera que capitales incorporados a la economía nacional estuvieran libres, por el solo hecho de ser los dueños o titulares de ellos extranjeros no domiciliados en el país. Por este aspecto el concepto de posesión de créditos, relacionado con las distintas teorías sobre el domicilio de sus dueños, no puede servir de norma en materia impositiva. La noción de impuesto sobre la renta, como la noción sobre todo impuesto, se aparta de los conceptos del derecho privado y, en tratándose de aquél, la noción de domicilio no tiene cabida. — 5.—El impuesto de la renta recae sobre toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, y lo mismo sucede respecto del impuesto sobre el patrimonio. En pocas palabras: el problema de la posesión de los créditos no tiene incidencia en materia de impuestos y contribuciones en el caso de la demanda de inexequibilidad propuesta, por las siguientes razones: a) porque el legislador gravó todo patrimonio y toda actividad productora de renta, incorporada a la economía nacional, sin acepción de personas y sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas gravadas, ni el lugar de origen de donde procede el capital. Basta que éste se halle en Colombia para que sea materia de la imposición; b) porque al hablar la ley de los patrimonios o capitales que se posean en Colombia, no se puede interpretar esa expresión en el sentido estricto de la posesión de los créditos que tiene el Código Civil, y c) porque si no fueran así las cosas, se establecería un privilegio en favor de patrimonios o capitales de origen extranjero, que están lucrando en Colombia, lo cual pugnaría con el artículo 27 de la Constitución, en su inciso 3º.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

El doctor Eduardo Zuleta Angel, en nombre propio y apoyado en el artículo 149 de la Constitución, pidió que la Corte declare inexequibles, por inconstitucionales, los artículos 2º y 3º del Decreto Ejecutivo Nº 1892 de 4 de agosto de 1936 por el cual se adiciona el reglamentario de la Ley 78 de 1935, o sea el distinguido con el número 818 de 1936.

La demanda fue admitida y se corrió

traslado de ella al Procurador General de la Nación, quien la contestó oponiéndose a la declaración solicitada por el demandante.

Agotada la tramitación legal la Corte procede a fallar el asunto.

Los artículos acusados son los siguientes:

"ARTICULO 2º — Todo contribuyente que pretenda se deduzcan de su activo patrimonial deudas que lo afecten, constituídas a favor de personas naturales o jurídicas sin domicilio ni agente o representante en el país, deberá acreditar, al presentar su declaración de patrimonio y para tener derecho a la deducción, que retuvo y pagó el impuesto que debe sufragar el acreedor no domiciliado sobre el patrimonio consistente en el saldo de la acreencia en 31 de diciembre del año gravable, a las tasas fijadas por el art. 25 de la Ley 78 de 1935".

"ARTICULO 3º — Las compañías extranjeras domiciliadas que al hacer su declaración de patrimonio afecten sus activos con pasivos que constituyen un patrimonio para sus casas matrices y en general, para el acreedor extranjero sin sede legal en el país, quedan también sujetas a la obligación de que trata el artículo 2º de este Decreto".

El demandante señala como violados, por los artículos que acusa, las siguientes normas: Los artículos 2º, 9º, 16, 26, 29, 30, 31, 52, 53, 54, 69, numerales 10 y 12, 115, ordinales 2º y 3º y 205 de la Constitución.

Los artículos acusados, en sentir del demandante, violan los preceptos constitucionales ya citados, desde un triple punto de vista, a saber: 1º En cuanto extienden arbitrariamente el impuesto sobre el patrimonio, que al tenor de la ley sólo grava los bienes poseídos dentro del país, a los créditos representados por medio de títulos al portador que se encuentren fuera del país, por el hecho de que aparezca como deudora una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada en Colombia, a pesar de que tales créditos no son bienes poseídos dentro del país ni situados en éste; 2º en cuanto extienden también arbitrariamente dicho impuesto sobre el patrimonio a los créditos pagaderos fuera del país y constituídos a favor de acreedores extranjeros sin sede legal en el país, por el mismo hecho de que aparezca como deudora una persona domiciliada en Colombia, a pesar de que tales créditos, ni están situados en el país, ni son bienes poseídos en el país, ni están por consiguiente comprendidos entre los señalados por el artículo 21 de la Ley 78 como objeto del gravamen creado por ese texto; y 3º en cuanto obligan a los deudores a retener y pagar un impuesto que, en el caso de haber sido legalmente establecido, tendría que ser pagado por el acreedor y de ninguna manera por el deudor a quien, por lo tanto, en virtud de los artículos acusados, se obliga a hacer un pago distinto del señalado y decretado por la ley que estableció el impuesto.

La Corte considera: Dado el primer fundamento de la acusación, debe estudiarse como cuestión primordial si el Organo Ejecutivo traspasó o no los lindes constitucionales al ejercer la potestad reglamentaria dictando los artículos acusados.

Dicha potestad tiene dos caracteres: El primero es un factor esencial de la administración pública y el segundo lo constituye su imperio general y obligatorio como desarrollo de la ley. Este doble carácter proviene no sólo de los principios generales sino de textos expresos de la Carta Fundamental; por eso al Presidente de la República corresponde velar por el exacto cumplimiento de las leyes, como suprema autoridad administrativa, y también ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo los decretos conducentes a la cumplida ejecución de la ley (numerales 2º y 3º del artículo 115 de la Constitución).

La potestad reglamentaria va encaminada no solamente a hacer práctica la ejecución de las leyes, sino también a desarrollar el pensamiento del legislador, en ocasiones demasiado concreto y sinté-

tico en las normas legales. Tal potestad está limitada en cuanto al ejercerla se modifique o viole la ley que se reglamenta o se invada la acción del legislador, decretando normas que sólo a éste competen y que no están comprendidas dentro del espíritu o letra de la ley que se reglamenta.

Sobre la base anterior hace la Corte las siguientes consideraciones: El impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre patrimonio, se consideran como un todo indivisible; así lo dispuso el artículo 21 de la Ley 18 de 1935 y esa además es la doctrina de la Corte, la cual estudió a espacio esa cuestión, en sentencia de 7 de octubre de 1938 (**Gaceta Judicial**, número 1942, Tomo XLVII, pág. 347).

La legislación colombiana sobre impuestos de renta y patrimonio sigue el sistema del impuesto único, diferente del cedular y por eso hace materia del gravamen, bajo esas denominaciones, todo patrimonio, ganancia, renta, utilidades y excesos de éstas.

Basta que alguno de esos factores se presente, para que venga la imposición por ministerio de la ley y sin consideración a si quienes deban pagar el impuesto están domiciliados en Colombia o en el exterior. Por eso el numeral 2º del art. 2º de la Ley 78 de 1935, al establecer ciertas deducciones para el cómputo de la renta bruta, estatuye que "no se concederá deducción alguna por intereses pagados a personas naturales o jurídicas gravables de acuerdo con la ley, bien sea que estén domiciliadas en Colombia o en el exterior, sin que los impuestos sobre dichos pagos hayan sido deducidos, retenidos y consignados al Recaudador".

También el impuesto sobre la renta se cobra y recauda no sólo por toda propiedad poseída en Colombia, sino por todo negocio, industria, comercio, profesión u ocupación que tenga en el país la persona gravada y sea cual fuere el lugar donde se perciba la renta, según lo establece el artículo 5º de la citada Ley 78, la cual autoriza el derecho de deducción y retención por concepto de los pagos que la persona gravada tenga que hacer. El artículo 7º de tal ley es del siguiente tenor en su numeral 1º: "Todo Banco, sección fiduciaria de un banco, sociedad anónima y entidad gubernamental en Colombia, que pague o acredite en cuenta de cualquier persona natural o jurídica domiciliada en Colombia, o a un mandatario o a un agente o representante en Colombia, de cualquier persona natural o jurídica no domiciliada en el país, intereses sobre bonos internos u otros títulos de deuda interna de la República de Colombia o de los Departamentos o Municipios u otras entidades gubernamentales del país, o sobre cédulas hipotecarias u otros títulos de deuda interna, deducirá y retendrá de cada uno de tales pagos la cantidad que corresponda según las tasas fijadas en esta ley".

De los artículos antes citados y de otros textos de la misma ley se deduce rectamente que el legislador colombiano, siguiendo el sistema del impuesto único, quiso gravar y gravó toda renta proveniente del ejercicio de cualquier actividad, toda fuente de entrada que se produzca en Colombia, sin restricción de ninguna clase.

Ahora bien: El artículo 21 de la Ley 78 citada estableció el impuesto anual y accesorio al impuesto sobre la renta, sobre todo patrimonio poseído en el país, por toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sujeta al impuesto sobre la renta en Colombia y dispuso además que para todos los efectos legales el impuesto de la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre el patrimonio, se considerarán como un todo indivisible y que las personas que no tengan renta gravable, pero sí posean patrimonio, deben pagar la tasa adicional a que la ley se refiere.

De modo, pues, que en el sentir de la Corte, la misma amplitud que existe para el cobro del impuesto sobre la renta existe para la imposición y recaudo del impuesto sobre el patrimonio, puesto que tratándose de un impuesto único, siendo

indivisibles para todos los efectos legales el impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre el patrimonio, la Ley 78 debe interpretarse de una manera coordinada y armónica, no siendo posible hacer ninguna diferencia entre las personas sujetas al impuesto del patrimonio ni de las causas que lo producen, por lo mismo que no es posible hacer esa diferencia en tratándose del impuesto sobre la renta.

Vistas así las cosas, a juicio de la Corte el Poder Ejecutivo no extralimitó su facultad reglamentaria al dictar los artículos 2º y 3º del Decreto número 1892, de 4 de agosto de 1936, sino que aplicó el principio del gravamen único y de la retención y deducción que rige para el impuesto de la renta, al impuesto de patrimonio, aplicación que podía hacer si se tienen en cuenta las razones antes expresadas. De no ser así las cosas, no existiría la igualdad jurídica y la equidad que deben predominar en toda imposición, porque entonces resultaría que habría una categoría o clase de personas dueñas de capitales en Colombia, exentas de pagar el impuesto patrimonial por dichos capitales y aun por los mismos beneficios recibidos por el trabajo y la explotación con ellos en el país.

Ni el texto legal, o sea la Ley 78, ni el sistema adoptado permiten llegar a esa conclusión.

Por esto estima la Corte que los artículos acusados no violan las normas constitucionales señaladas en la demanda, en el concepto de que en dicho decreto el Organo Ejecutivo haya traspasado la órbita constitucional dentro de la cual gira la potestad reglamentaria.

Establecido lo anterior, es pertinente considerar si los artículos acusados son en sí mismos inconstitucionales.

El demandante sienta estas dos tesis y las desarrolla a través de su demanda:

1ª Los créditos representados por medio de títulos al portador son susceptibles de posesión, porque el derecho está incorporado en el título, pero el lugar de la posesión de tales créditos no es el del domicilio del deudor sino el de la situación efectiva de los títulos; de lo cual deduce que el decreto acusado, que extiende el gravamen sobre el patrimonio a los créditos de esa clase cuyos títulos no se encuentran en Colombia, viola los artículos constitucionales citados en la demanda, puesto que, en su concepto, la ley que estableció el impuesto sólo grava los patrimonios poseídos dentro del país.

2ª Los créditos a cargo de personas domiciliadas en Colombia, pagaderos fuera del país y constituídos a favor de acreedores extranjeros sin sede legal en el país, no son bienes poseídos en Colombia, ni están por consiguiente comprendidos entre los señalados por el artículo 21 de la Ley 78, como objeto de gravamen creado por ese texto, de lo cual deduce el demandante que como el decreto acusado extiende el gravamen sobre el patrimonio a los créditos de esa clase, viola los artículos constitucionales señalados en la demanda.

Respecto de la primera tesis, y considerada por la faz del derecho privado, exclusivamente, la Corte acepta que los créditos representados por medio de títulos al portador son susceptibles de posesión. Respecto de la segunda, acepta también la Corte que los créditos o derechos personales, distintos de los representados por medio de títulos al portador, pueden no ser susceptibles de posesión, y anota, lo mismo que el demandante, que por lo que atañe a estos créditos, respecto de su situación, las opiniones de los expositores están divididas: unos estiman que es el domicilio del deudor, otros el del acreedor, algunos el lugar en que deben ser pagados, y finalmente, sostienen otros que es el del lugar de su creación.

Pero en tratándose de un caso como el presente, debe estudiarse la siguiente cuestión: Si las normas que reglamentan la posesión de los créditos representados en los títulos al portador, y las que atañen a los demás créditos aludidos, son aplicables en materia de impuestos, y si la posesión a que se refiere el C. Civil es

la misma de que trata la ley sobre impuesto al patrimonio.

La Corte considera que son esas materias muy distintas, por su naturaleza y su origen, y que, por lo tanto, las reglas de derecho privado no pueden ser aplicadas irrestrictamente a las que condicionan el establecimiento y recaudación de un impuesto. En efecto: Los créditos de toda naturaleza, que afectan y determinan relaciones entre los particulares, proceden, por regla general, de la autonomía de la voluntad, que liga a los contratantes y en las cuales el Estado no tiene ninguna intervención. Son relaciones privadas que condicionan situaciones particulares, de donde nacen ciertas consecuencias, como la jurisdiccional, respecto de la posesión de créditos, que entra bajo las normas del derecho internacional privado. Por el contrario, la creación y cobro de un impuesto, es un acto unilateral, procedente de la soberanía del Estado, que obliga a todos y que no es susceptible de ser reglado, ni modificado por convenciones particulares. El Estado en estos casos, como también cuando dicta otras normas, se inspira en las necesidades y conveniencias públicas, pero no pacta ni contrata con los ciudadanos. De esto resulta que las normas de derecho privado no tienen cabida en estos casos, y no pueden, por lo tanto, someterse a ellas las relaciones entre el Estado y los particulares, porque, como acaba de expresarse, la naturaleza y el origen de los pactos, de donde nacen los créditos y relaciones patrimoniales entre los particulares, son muy distintas del origen y naturaleza del vínculo creador de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, por consecuencia de un impuesto o de una norma general. Por eso el derecho administrativo, dentro del cual cabe, tomándolo en una acepción amplia, el régimen impositivo, contempla las relaciones entre el Estado y los particulares, enfrente de la administración nacida y ejecutada por actos unilaterales, al paso que el derecho privado contempla y reglamenta las relaciones entre particulares, que afectan sólo a éstos y que nacen por lo general de sus actos bilaterales.

El legislador, en materia de impuestos de esta clase no se ha ceñido, ni podía hacerlo, a nociones o reglas fundamentales del derecho civil, y por eso basta observar que el concepto de domicilio, tan trascendental e importante, fue ampliado, para efectos del establecimiento y cobro de dicho impuesto, por el artículo 4º de la Ley 78 de 1935, especialmente en el inciso 3º de la letra A, lo cual corrobora aún más la tesis que viene sosteniendo la Corte.

El principio constitucional de igualdad y garantía, básico de la Constitución colombiana, expresado en el artículo 9º de la Codificación Nacional, si es evidente que consagra derechos para todos, también lo es que impone deberes de carácter general. Si es verdad que la Carta Fundamental protege a todas las personas en sus vidas, honras y bienes, también lo es que éstas quedan sometidas al imperio constitucional y legal, sometimiento que en ciertos casos se traduce en imposiciones o gravámenes de carácter personal o general, y en otros se afectan los mismos bienes que la Constitución protege, los que se pueden gravar por motivos de conveniencia y necesidad nacionales. Y así como en el régimen de igualdad, serían aberrantes las excepciones que favorecieran o perjudicaran a una parte o grupo de personas residentes en Colombia, también se llegaría a la misma conclusión si se estableciera o decidiera que capitales incorporados en la economía nacional, estuvieran libres, por el solo hecho de ser los dueños o titulares de esos capitales extranjeros no domiciliados en el país. Por este aspecto el concepto de posesión de créditos, relacionado con las distintas teorías sobre el domicilio de sus dueños, no puede servir de norma en materia impositiva y de ahí que la noción de posesión del Código Civil no pueda aplicarse a estas cuestiones.

La noción, pues, del impuesto sobre la renta, como la noción sobre todo impuesto, se aparta de los conceptos del derecho

privado, y en tratándose de aquél, la noción de domicilio no tiene cabida, lo cual se ve claramente en varias disposiciones de la Ley 78 de 1935, especialmente en su artículo 4º. Quiere esto decir que la ley busca y liquida y recauda el impuesto sobre la renta donde encuentra la materia imponible, en el territorio del país, en manos de quien la halla, sin reparar en la procedencia del patrimonio, ni en el título a que se tenga o en virtud del cual se haya adquirido. Y para que se vea que el domicilio de quien debe pagar el impuesto no tiene ninguna importancia para su percepción y cobro, basta tener en cuenta el artículo 7º de la Ley 81 de 1931, que preceptúa que toda persona natural o jurídica que verifique un pago a una persona natural o jurídica no residente en Colombia sin agente o representante en el país, por razón de intereses, rendimientos, salarios, jornales, primas, anualidades, compensaciones, remuneraciones, emolumentos, pensiones u otras rentas fijas o determinables, sujetas a impuestos según esta ley, deducirá y retendrá, al tiempo de hacer tales pagos, la cantidad que corresponda según las tasas fijadas en el artículo 3º de ella.

Del espíritu y letra de las disposiciones de la Ley 78 citada, se concluye rectamente que el legislador gravó los capitales incorporados en la economía colombiana y el producto de toda actividad lucrativa ejercitada en Colombia. Dicha ley hace caso omiso, como tenía que hacerlo, de la nacionalidad de los dueños del capital, como también de la nacionalidad de quienes ejercitan en Colombia una actividad de la índole ya expresada. Por eso, a juicio de la Corte, el artículo 2º del Decreto acusado de inexequibilidad, no significa, en términos generales, que cualesquiera personas naturales o jurídicas no domiciliadas en Colombia, ni representadas aquí, tengan la obligación de pagar impuesto de patrimonio, renta y exceso de utilidades; esta disposición ha de entenderse como alusiva solamente a las personas o entidades que en realidad deban pagar tales impuestos, de acuerdo con lo expresado anteriormente.

El impuesto de la renta recae sobre toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, y lo mismo sucede respecto del impuesto sobre el patrimonio (artículo 4º, numerales 1º, 5º y 21 de la Ley 78). Para el legislador es, pues, indiferente quién sea el dueño del capital sobre que recae el impuesto de la renta; basta para la imposición el hecho de que los capitales, que no admiten acepción de nacionalidad para el efecto de la tributación, se hallen en Colombia, incorporados, como se ha dicho, en la economía nacional. La razón es clara, porque estando dichos capitales en productibilidad en Colombia, y derivando de ellos utilidades los dueños y quienes los emplean, la tributación sobre aquéllos debe corresponder al país donde están incorporados, protegidos y lucrados.

Resumiendo todo lo anterior, se concluye, como se ha dicho ya, que el problema de la posesión de los créditos no tiene incidencia en materia de impuestos y contribuciones, en el caso de esta demanda, por las siguientes razones: a) porque el legislador gravó todo patrimonio y toda actividad productora de renta, incorporada a la economía nacional, sin acepción de personas y sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas gravadas, ni el lugar de origen de donde procede el capital. Basta que éste se halle en Colombia para que sea materia de la imposición; b) porque al hablar la ley de los patrimonios o capitales que se posean en Colombia, no se puede interpretar esa expresión en el sentido estricto de la posesión de créditos que tiene el Código Civil, y c) porque si no fueran así las cosas, se establecería un privilegio en favor de patrimonios o capitales de origen extranjero, que están lucrando en Colombia, lo cual pugnaría con el artículo 27 de la Constitución, en su inciso 3º.

Cuando el legislador decreta un impuesto, se producen, entre otras consecuencias, estas dos: 1ª la existencia del impuesto en sí mismo considerado, que

obliga a todos los habitantes; y 2º la elección de los medios adecuados para hacerlo efectivo. La Ley 78 determinó esos medios y estableció el sistema de deducciones y retenciones que debe hacer todo banco, sección fiduciaria, sociedad anónima o entidad gubernamental en Colombia cuando acredite en cuenta de cualquiera persona, natural o jurídica, domiciliada o no en el país, el pago de intereses sobre bonos internos u otros títulos de deuda interna (artículo 7º); y esto es lógico, si se considera la generalidad del impuesto establecido por el artículo 5º, que recae sobre todo negocio, industria, comercio, profesión u ocupación que se tenga en el país, y de cualquiera otra fuente dentro de éste, sea cual fuere el lugar donde se perciba la renta. Ya se vio que debiéndose interpretar la Ley 78 armónicamente, los principios básicos contenidos en ella, o sean generalidad del impuesto y efectividad en su recaudación, para lo cual el legislador estableció la deducción y retención, son aplicables al impuesto sobre patrimonio.

Los dos artículos acusados hablan de la retención y deducción, lo cual tiene base en la Ley 78, y por este aspecto y no habiendo sido acusada esta ley, el decreto, que no extralimitó dicha norma, no podría directamente atacarse como inconstitucional. Tampoco son, en sí mismas consideradas, inconstitucionales las disposiciones de los artículos acusados que establecen la deducción y retención, porque esos son medios, consecuencias de la imposición, escogidos y adecuados para hacer efectivo el impuesto. Como existe la causa, para el pago del impuesto, que es la ley, la deducción y retención son los efectos de ella, el modo de hacerlos efectivos, desde luego que, como se ha visto, recaen sobre todo patrimonio y toda actividad.

Si, como se ha dicho, el Organo Ejecutivo en los dos artículos acusados desarrolló en parte la Ley 78 reglamentándola, y al proceder así no invadió el campo de acción que le corresponde al Organo Legislativo; si la Ley 78 tiene por finalidad la imposición sobre todo patrimonio o actividad existente o que se desarrolle en el país, y si el legislador tiene la potestad para imponer contribuciones, resulta que no han sido violadas, por los artículos acusados, las normas contenidas en los artículos 2º, 9º, 16 y 31 de la Constitución.

Los conceptos de imposición, confiscación y expropiación, son fundamentalmente distintos. El primero tiene un carácter general, que recae sobre todos los individuos, sobre todos los contribuyentes, que vienen a sostener con el pago de los impuestos los gastos públicos. El segundo tiene un carácter particular y penal, prohibido como pena por el artículo 31 de la Constitución. El tercero tiene un carácter también particular, pero no penal, y consiste en la privación de la propiedad por motivos de utilidad pública. No es por razones de contribución como se decreta una expropiación, sino de utilidad común. De modo que los artículos 30 y 31 de la Codificación Constitucional no han podido ser violados por los artículos acusados por el demandante.

Es exacto que los órganos del poder público son limitados, pero a juicio de la Corte no fue violado ese principio, como tampoco los artículos 52, 53, 54, 69, 115, ordinales 2º y 3º, y 205 de la Carta, por los artículos acusados, puesto que estando sometido el impuesto sobre el patrimonio a las mismas reglas que el de la renta, formando estos dos con el de exceso de utilidades un todo indivisible, bien podía el Organo Ejecutivo reglamentar, como lo hizo, la manera de hacer efectivo el impuesto sobre patrimonio, sin que esa reglamentación equivalga a decretar un impuesto no creado por la ley, ni a extralimitar la potestad reglamentaria, ni a invadir un campo que no le corresponde.

El señor Procurador General de la Nación, como consideración previa, estima que la Corte no tiene jurisdicción para conocer de la presente demanda, porque "si la ley es constitucionalmente operante, lo que debe examinarse es si el decreto reglamentario se ajusta a ella o no se

conforma con ella. Y es esta una cuestión de pura legalidad, cuyo conocimiento no compete a la jurisdicción constitucional que tiene la H. Corte Suprema de Justicia, sino a la jurisdicción contencioso-administrativa, encomendada al Consejo de Estado".

La Corte considera que tiene jurisdicción para conocer a fondo de la demanda, como lo ha hecho, porque los decretos acusados no han sido tachados de ilegales, caso en el cual correspondería el conocimiento al Consejo de Estado, sino de inconstitucionales, y por eso corresponde el conocimiento del asunto a la Corte, según el artículo 149 de la Constitución. El ataque que ha hecho el demandante ha sido a fondo, enfocando la cuestión constitucional exclusivamente, como es la que atañe a la limitación de los poderes públicos, a la potestad reglamentaria, a la creación o imposición de tributos, asuntos éstos que están consagrados en varias normas constitucionales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído al señor Procurador General de la Nación y en ejercicio de la atribución consagrada por el artículo 149 de la Codificación Constitucional,

Resuelve:

Son exequibles los artículos 2º y 3º del Decreto número 1892, de 4 de agosto de 1936, por el cual se adiciona el número 818 del mismo año.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Hernán Salamanca—Campo Elías Aguirre—José Miguel Arango—Liborio Escallón—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Juan A. Donado V.—Absalón Fernández de Soto— El Conjuez, **Enrique A. Becerra — Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

LEY 165 DE 1938, SOBRE CREACION DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 1º, 2º Y 11. — EMPLEADOS Y AGENTES.—ESEXEQUIBLE LA LEY ACUSADA.

1.—Los artículos 62, 69 y 115 de la Constitución Nacional distinguen entre *empleados*, grupo genérico atendido por el Congreso en la ley 165 de 1938, y *agentes*, no tocados en ésta y consiguientemente conservados en el pie de libre nombramiento y remoción que para este grupo singular establece aquél en el precepto que hoy es artículo 115 de la Codificación Constitucional. El agente lleva como tal, dentro de las lindes de cada caso, una representación de su superior, que en lo general es quien lo nombra o designa. Ella será más o menos amplia; pero siempre, por reducida que sea, la hay. El empleado simplemente tal, no la tiene. Puede suceder que en ocasiones se la confiera; ello querrá decir que entonces pasa de mero empleado a agente en lo atañedero a la representación de que accidentalmente se le ha investido. El Gobernador de un Departamento es agente del Presidente de la República; el portero de una oficina es mero empleado. — 2.—La ley 165 no concede el ingreso a la carrera administrativa ni la inamovilidad de los empleados comprendidos en ésta en forma ciega o graciosa, sino que impone el lleno de requisitos previos más o menos rígidos e impone también al empleado deberes cuyo quebrantamiento le hace perder el derecho a las prerrogativas de esa carrera, según palabras finales del artículo 8º. Esos deberes, resumiéndolo: son: lealtad al espíritu de la Constitución y leyes de la República; eficiencia, imparcialidad y discreción en la prestación del servicio encomendado a su pericia; acatamiento a los superiores jerárquicos dentro de sus funciones; honorabilidad y buen comportamiento social, y los demás que determinen las leyes y decretos pertinentes.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, quince de julio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Lácides Muñoz Pérez, ejercitando la acción concedida por el artículo 149 de la Codificación Constitucional, pide se declaren inexequibles por contrarios al artículo 115 de ésta, en especial en su numeral 5º, los artículos 1º, 2º y 11 de la ley 165 de 1938.

Estos artículos en lo pertinente dicen:

El 1º: "Créase la carrera administrativa para los empleados nacionales, departamentales y municipales que presten servicios administrativos permanentes".

El 2º: "Consiste la carrera administrativa en el derecho que se reconoce a los empleados ya expresados... a) A no ser removidos del cargo que desempeñen sino por falta...; b) A ser ascendidos en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, según sus méritos y su competencia".

El artículo 11 crea un Consejo de Administración y Disciplina y detalla su formación y funciones, y agrega en su parágrafo que para los empleados departamentales y municipales habrá tal Consejo en la capital de cada Departamento. Las funciones indicadas allí, a más de las

que ulteriormente se señalen a esos Consejos, son: servir de jurado calificador en los exámenes previstos, conocer de las quejas contra los empleados sobre su conducta o competencia, elaborar el escalafón de los empleados.

El citado artículo 115 dice: "Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:..... 5º Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones según esta Constitución o leyes posteriores. En todo caso el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes".

El acusador halla incompatibilidad entre esta potestad irrestricta y las limitaciones de la ley acusada. Agrega que nuestras leyes no definen la palabra agente para poderse saber cuándo un empleado se halla revestido de esa calidad, cual si fuese algo especial, y cuándo no la tiene.

Se anticipa con esta última reflexión a la que constituye el principal fundamento de la oposición del Procurador General de la Nación, quien contestó el traslado sosteniendo la constitucionalidad de las disposiciones legales acusadas, por varias razones que adelante se estudian, de entre las cuales se destaca la diferenciación que según él debe precisamente hacerse entre **empleados públicos** y **agentes** del Presidente, hecha la cual y visto que la ley no se refiere a estos últimos, hay que reconocer que respeta y, por lo mismo, no quebranta la potestad constitucional referida.

Se considera:

Por regla demasiado conocida de hermenéutica, entre varias posibles interpretaciones ha de preferirse la que conduzca a la armonía, ya entre cláusulas de un contrato, ya entre disposiciones de un testamento, ya entre artículos de una misma ley o entre leyes distintas, ya entre los preceptos de la Constitución. Nuestras leyes escritas contienen esa regla, de que dan ejemplo los artículos 30 y 1622 del C. Civil.

La citada Codificación que en su art. 115 reproduce el 120 de la Constitución de 1886, reproduce también el 62 de ésta, que en aquélla es artículo 56, el cual en lo pertinente dice: "La ley determinará... las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación, y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público".

Esta potestad conferida por la Constitución al Legislador se halla confirmada en el artículo 69 de la Codificación que, reproduciendo al respecto lo que estableció el artículo 76 de la Constitución de 1886, dice: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: "....7ª Regular el servicio público, determinando los puntos de que trata el art. 56".

Confrontando estas disposiciones, se halla de claridad diáfana que el Constituyente distingue entre **empleados**, grupo genérico atendido ahora por el Congreso en la ley 165 de 1938, y **agentes**, no tocados en ésta y consiguientemente conservados en el pie de libre nombramiento y remoción que para este grupo singular establece aquél en el precepto que hoy es artículo 115.

También con claridad se encuentran elementos de esa distinción en los artículos 3º y 5º del Código de Régimen Político y Municipal.

A mayor abundamiento y cual si, previniendo dificultades, quisiese llevar al máximo su prudencia, la ley en cuestión formula en su artículo 4º una lista de excepciones en la que figuran, no sólo quienes tienen ya la calificación de agentes, sino otros empleados que sin llevarla pueden por sus funciones reputarse tales; esa lista comprende los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad y sus secretarios, los nombrados por las Cámaras Legislativas, Asambleas y Concejos, los de policía y resguardos, los del ramo electoral, los de la Presidencia de la República, los incorporados en carre-

ras especiales y los funcionarios del Ministerio Público, y en el empeño prudencial aludido, el último renglón de esa lista comprende "los demás que a juicio del Gobierno tengan funciones políticas o económicas que se rijan por un estatuto distinto del de la carrera administrativa".

Precisando así en forma restricta el campo de la ley 165, se patentiza aún más su constitucionalidad desde el punto de vista en que al acusarla se sitúa el demandante, cual es el de que ella desconoce o cercena la potestad ejecutiva antedicha sobre libre nombramiento y remoción.

El agente lleva como tal, dentro de las lindes de cada caso, una representación de su superior, que en lo general es quien lo nombra o designa. Ella será más o menos amplia; pero siempre, por reducida que sea, la hay. El empleado simplemente tal, no la tiene. Puede suceder que en ocasiones se le confiera; ello querrá decir que entonces pasa de mero empleado a agente en lo atañedero a la representación de que accidentalmente se le ha investido. El Gobernador de un Departamento es agente del Presidente de la República; el portero de una oficina es mero empleado. Claro es que la distinción resaltante al escoger ejemplo como éste, no es una sencilla siempre; pero de que no haya igual facilidad para formularla no se deduce que no obre o figure aquel elemento.

Aunque las transcripciones y sencillos razonamientos procedentes bastan para negar la acusación que se está decidiendo, se estima conveniente agregar otras breves consideraciones.

La ley 165 no concede el ingreso a la carrera administrativa ni la inamovilidad de los empleados comprendidos en ésta en forma ciega o graciosa, sino que impone el lleno de requisitos previos más o menos rígidos e impone también al empleado deberes cuyo quebrantamiento le hace perder el derecho a las prerrogativas de esa carrera, según palabras finales de su artículo 8º.

Esos deberes, resumiéndolos, son: lealtad al espíritu de la Constitución y leyes de la República: eficiencia, imparcialidad y discreción en la prestación del servicio encomendado a su pericia; acatamiento a los superiores jerárquicos dentro de sus funciones; honorabilidad y buen comportamiento social, y los demás que determinen las leyes y decretos pertinentes.

Era de suponerse desde luego que al Legislador no se escapase la estrecha vinculación entre el bien del servicio público y el beneficio personal del empleado, la que los erige en concausas, por cuanto cada uno de los dos figura como determinante del otro. Pero no obra al respecto sólo esa suposición obligada, sino también manifestaciones explícitas y repetidas a lo largo del lapso transcurrido desde la iniciación del movimiento que culminó en la ley de que se trata. El estudio de su establecimiento así lo persuade. El Ministerio de Industrias y Trabajo publicó algunas de las piezas más interesantes de las producidas durante la gestación de esta ley, entre ellas, a más de su propio proyecto, el presentado en el Senado en 1930, las correspondientes exposiciones de motivos y los informes de las Comisiones en una y otra Cámara. También se publicó el estudio del Asesor Técnico de ese Ministerio en que la cita y análisis de la situación legal de la carrera administrativa en varios países europeos y americanos que la tienen establecida recientemente o de tiempo atrás, le permitió observar la evolución de esta institución y puntualizar las ventajas que el servicio público deriva de las que al empleado concede.

La conservación del empleado conocedor y cumplidor de sus funciones ha de beneficiar a las entidades oficiales como, según es sabido, sucede en las empresas particulares, garantizando el correcto y ágil desempeño de esas funciones y satisfaciendo así al público como en lo privado satisface y halaga a la clientela. Y la práctica y pericia adquiridas en cada puesto se aprovechan en los a que sucesivamente vaya ascendiendo ese emplea-

do. Para ingresar en la carrera necesita demostrar previamente sus capacidades; al conservársele libre de la zozobra impuesta por el peligro de una remoción que puede sobrevenir inmotivadamente en cualquier momento, dedicará sus dotes y tiempo al desempeño de sus funciones, en el cual sus capacidades se afirmarán y desarrollarán como corresponde a la práctica constante de una misma tarea con todo lo que da prestigio a la división del trabajo.

Se impone a la imaginación el símil de los premios que si, ventaja para el premiado, lo son también para quien ofreciéndolos y pagándolos se procura de él por medio de este incentivo la consagración, acucia, fidelidad e interés que son prenda del mayor y mejor rendimiento. Inadmisible es considerar al empleado y quien lo emplea en actitud de choque, en permanente hostilidad. Estando de por medio el Tesoro Público y, de otro lado y sobre todo, mediando la reciprocidad antedicha de beneficios, en ese símil no cabe la noción de merced o gracia. Así, si a la verdad se advierte sentido social en la labor reparadora iniciada por la ley 165, ello no obsta a reconocer que por virtud de esas ventajas mutuas que se concausan y se compensan, esa ley, procurando la simetría contractual, es ante todo equitativa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, oído el Procurador General de la Nación, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución, declara exequibles los artículos 1º, 2º y 11 de la ley 165 de 1938, por la cual se crea la carrera administrativa.

Publíquese, cópiese, notifíquese y comuníquese.

Hernán Salamanca—José Miguel Arango—Liborio Escallón — Aníbal Cardoso Gaitán—Campo Elías Aguirre — Isaías Cepeda — Absalón Fernández de Soto—Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza—Juan A. Donado—Arturo Tapias Pilonieta—José Antonio Montalvo — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION PRINCIPAL SOBRE MEJOR DERECHO A UNA POLIZA DE SEGURO Y DE RECONVENCION PARA EL PAGO DEL VALOR DE ESA POLIZA. — SEGURO DE UNA FINCA HIPOTECADA.—OPOSICION ENTRE LOS ARTICULOS 2446 DEL CODIGO CIVIL Y 679 DEL DE COMERCIO QUE LA CORTE RESUELVE POR EL IMPERIO LEGAL DEL PRIMERO.— EXTENSION DE LA HIPOTECA.

Las disposiciones de los artículos 2446 del Código Civil y 679 del Código de Comercio son contrarias. En presencia de ese conflicto la Corte acoge la teoría de la aplicación preferente de la doctrina del artículo 2446 del C. C. en virtud de lo estatuído por el artículo 5º de la ley 57 de 1887, y porque lo dispuesto en ese artículo del Código Civil es de carácter excepcional, preferible, por consiguiente, a la disposición del de Comercio, que contiene la regla general. En cambio, el artículo del Código Civil consagró la especial o de excepción al disponer expresamente la extensión de la hipoteca a la indemnización debida por los asegurados de los bienes hipotecados. Esta indemnización, comprendida por la hipoteca, no propiamente por virtud de subrogación sino por expreso mandato de la ley que ha querido representar en ella la cosa perecida, forma parte del patrimonio del deudor como cosa especialmente afecta al pago de la obligación hipotecaria, y sobre él puede el acreedor, consecuencialmente, ejercitar las acciones que concede la ley. Por otra parte, la ley de la hipoteca es la civil cualesquiera que sean la condición de quienes la otorguen y la naturaleza de la obligación que garantice.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil Bogotá, abril cuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

De la desordenada enunciación de antecedentes que contiene la sentencia del Tribunal en largas e innecesarias transcripciones, se entresacan los que tienen pertinencia para la decisión de este recurso:

Por medio de la escritura pública número 1035 de 27 de junio de 1928, de la Notaría 1ª de Cali, la sociedad Bohmer & Linzen & Cía., S. A., representada por su Gerente, se constituyó deudora de María Hoffken v. de Linzen, María Linzen de Bensmann, Ruth Linzen y Clemns Linzen, sucesores de Otto Linzen, por la cantidad de 75,000 dólares, pagaderos dentro de cuatro años a contar de la fecha del instrumento por abonos mínimos de 4,000 dólares trimestrales y al interés del 9 por 100 anual, y para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones constituyó hipoteca en favor de los acreedores, en-

tre otros bienes, de una casa ubicada en la ciudad de Buenaventura, alinderada como allí se dice.

Por medio de escritura pública número 702 de 17 de noviembre de 1930, Notaría 1ª de Cali, Nicolaus Bensmann y Rudolf Clemens Linzen en su nombre y en representación de los herederos de Otto Linzen, cedieron a favor de Herman S. Bohmer, con la aceptación expresa de Hans Mosler como gerente de la sociedad Bensmann & Linzen & Cía. S. A., el crédito hipotecario constituido a favor de los otorgantes por Bohmer & Linzen & Cía. S. A., en la precitada escritura. Esta cesión, que también se hizo constar en nota al pie de la correspondiente escritura, fue hecha en pago de parte de la deuda por compra que los cedentes hicieron a Bohmer de sus intereses y acciones en la Sociedad Bohmer & Linzen & Cía. S. A., según escritura número 1,038 del 28 de junio de 1928, de la misma notaría de Cali.

La casa ubicada en Buenaventura, hipotecada en garantía del crédito precitado, fue asegurada contra incendio por su dueño deudor en la Compañía de Seguros Albingia, al tenor de la póliza número 72,152 de fecha 10 de diciembre de 1930, en que se hace alusión a la hipoteca y su cesión, por la cantidad de $ 10,000, de los cuales $ 8,000.00 amparaban el edificio y $ 2,000.00 las mercancías en él existentes.

El riesgo amparado por la póliza, cuyo acaecimiento se obligó a indemnizar la Compañía de Seguros Albingia según el contrato contenido en la póliza correspondiente, tuvo ocurrencia en la madrugada del día 26 de enero de 1931, fecha en que un incendio de grandes proporciones destruyó la mayor parte de los edificios del puerto de Buenaventura, entre ellos la casa cuya hipoteca garantizaba el crédito de Bohmer.

Así las cosas, en libelo de fecha 5 de febrero de 1931, Herman S. Bohmer, por medio de apoderado, pidió contra Bensmann & Linzen & Cía. S. A., ante el Juzgado 3º del circuito de Cali, fundado en que tenía contra esta sociedad un crédito exigible y que sus deudores estaban vendiendo sus bienes a menosprecio en perjuicio de sus acreedores y alegando el artículo 2646 del C. C., el embargo y secuestro preventivos de la póliza de seguros número 72,152 de 10 de diciembre de 1930, por la suma de $ 8,000.00, extendida por la Compañía de Seguros Albingia, Sociedad Anónima de Hamburgo, a favor de Bensmann & Linzen & Co. S. A. El juzgado del conocimiento decretó el embargo y secuestro preventivo de la referida póliza contra incendio y ordenó que se diera aviso del embargo a Karl Hossfeld, representante de la Albingia, a quien designó como secuestre y a quien en esa calidad le fue entregada según la diligencia correspondiente. En providencia del 27 de febrero del año citado el Juez aclaró, a petición de Temístocles Rengifo V., que el embargo sólo se refería al importe del seguro del inmueble por $ 8,000.00, con exclusión del valor de la indemnización correspondiente a las mercancías aseguradas en la misma póliza y de que era endosatario el peticionario Rengifo.

En escritos fechados el 10 y 11 del mismo febrero de 1931, Miguel A. Muñoz solicitó al Juez del circuito el desembargo de la mencionada póliza fundándose en que era propietario de ella porque le había sido cedida a título de compra por Bensmann & Linzen & Co. S. A., a él por $ 8,000.00, valor de la indemnización del inmueble y a Temístocles Rengifo por los $ 2,000.00 valor de las mercancías, el 31 de enero de 1931, según nota de cesión escrita en la póliza anterior al embargo. Este pedimento, tramitado en forma de articulación, fue decidido por el Juzgado del circuito en auto de fecha 24 de enero de 1933 negando el desembargo impetrado por Muñoz. Apelado este auto por el articulante, fue confirmado por el Tribunal en decisión de 13 de julio de 1933 por la razón fundamental de que, debatiéndose cuestiones tan importantes como la preferencia de disposiciones sustantivas del Código de Comercio y del

Código Civil para decidir, sobre a quién está obligada a pagar la Sociedad Albingia, ausente del incidente, la indemnización del seguro, si a Muñoz como endosatario de la póliza, o a Bensmann & Linzen & Co. S. A., como asegurados, o a Herman S. Bohmer como dueño del crédito hipotecario constituído sobre el edificio incendiado, son improcedentes los trámites estrechos de una simple articulación e indispensables las fórmulas amplias del juicio ordinario en que puedan oírse contradictoriamente todos los interesados.

Obtenido el embargo y secuestro preventivos de la póliza, Herman Bohmer en libelo de 12 de febrero de 1931 demandó en juicio ordinario a Bensmann & Linzen & Co. S. A., representada por su Gerente Hans Hostler, para que se declarara que la indemnización debida por la Compañía Albingia, Sociedad Anónima domiciliada en Hamburgo, a Bensmann & Linzen & Co. S. A., por razón de la póliza de seguro contra incendio distinguida con el número 72,152, de 10 de diciembre de 1930 que amparaba la casa de los asegurados, está comprendida dentro de la hipoteca que grava ese inmueble, y que, por tanto debe pagarse al actor como acreedor hipotecario de los asegurados, dueño exclusivo y único del valor de la póliza. En este juicio, y a pedimento suyo, fue tenido como coadyuvante de la parte demandada Miguel Angel Muñoz. Este pleito se adelantó hasta la presentación de los alegatos de bien probado.

En libelo fechado el 14 de febrero de 1934, Miguel Angel Muñoz, por medio de apoderado, propuso demanda ordinaria ante el Juzgado 1º del Circuito de Cali, contra Herman S. Bohmer, Bensmann & Linzen & Co. S. A., representada por su Gerente, y contra la Compañía de Seguros Albingia, para que se declarara en sentencia definitiva que la póliza de seguros número 72,152 y la indemnización que por ella debe la Compañía de Seguros Albingia a los asegurados Bensmann & Linzen & Co. S. A. y que éstos endosaron y cedieron legalmente a Temístocles Rengifo y Miguel Angel Muñoz, en la proporción ya vista, es de la absoluta propiedad de los citados endosatarios; que, en consecuencia, del valor del seguro de que trata la póliza debe pagarse por la Albingia al endosatario Muñoz la cantidad de $ 8,000.00 dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; que Herman Bohmer no tiene ni ha adquirido a ningún título derecho de ninguna clase sobre la citada póliza; que consecuencialmente se condene al demandado Bohmer a pagar al actor Muñoz los perjuicios que le causó con el embargo de la póliza; que se prevenga a la Compañía de Seguros Albingia que se abstenga de hacer pago alguno por razón de la póliza mencionada a persona distinta del endosatario Muñoz; que los demandados Bensmann & Linzen & Co. S. A. perdieron, o no tienen, derechos de asegurados por razón de esa póliza por haberla cedido a Temístocles Rengifo y Miguel Angel Muñoz; y, finalmente, que se condene a los demandados a las costas del juicio si temerariamente se opusieren a él.

Oportunamente, en escrito de 4 de julio de 1934, el demandado Herman S. Bohmer demandó en reconvención a Bensmann & Linzen & Co. S. A., a la Compañía de Seguros Albingia y a Miguel Angel Muñoz, para que en la sentencia definitiva del juicio se declarara, en resumen, que el contrademandante Bohmer, en su calidad de acreedor hipotecario de Bensmann & Linzen & Co. S. A., con hipoteca sobre la casa asegurada en la póliza número 72,152 de 10 de diciembre de 1930, tiene derecho preferencial a que se le pague el valor del seguro por razón del incendio que destruyó el edificio asegurado; que la Sociedad Albingia está en la obligación de pagar a Herman Bohmer inmediatamente después de la ejecutoria de la sentencia el valor de la indemnización correspondiente a la casa incendiada, y, finalmente, que se condene en las costas a los demandados.

El Juzgado 3º del Circuito de Cali, en

auto de 30 de octubre de 1934, decretó la acumulación de los juicios de que se ha hecho mención para el efecto de que fueran tramitados y sentenciados bajo una misma cuerda. Adelantado en esta forma el procedimiento, el Juzgado del conocimiento finalizó la primera instancia del juicio con sentencia de 2 de octubre de 1937, en la cual se abstuvo de hacer las declaraciones solicitadas en las demandas con fundamento en que encontró establecida la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de las sociedades Bensmann & Linzen & Co. S. A. —sucesores de Bohmer & Linzen & Cía. S. A.— y la Sociedad de Seguros Albingia, cuya existencia ni representación fueron legalmente acreditadas, y decretó, además, el desembargo de la póliza en referencia para que las cosas volvieran al estado en que se hallaban antes de promover los juicios ordinarios acumulados.

La sentencia acusada

Contra la sentencia del primer grado interpusieron recurso de apelación solamente Herman S. Bohmer y Miguel Angel Muñoz, el cual, una vez tramitado, fue decidido en sentencia definitiva del 29 de marzo de 1939, en cuya parte resolutiva se dijo:

"a) Pertenece en propiedad, como cesionario, al demandante Miguel Angel Muñoz (hoy sus herederos), la póliza de seguros contra incendio número 72,152 de 10 de diciembre de 1930 extendida por el Gerente de la Compañía de Seguros Albingia en esta ciudad a favor de los asegurados Bensmann & Linzen & Co. S. A., sucesores de Bohmer & Linzen & Co., póliza que amparaba una casa de propiedad de éstos situada en el puerto de Buenaventura por al suma de $ 8,000, con exclusión del seguro de las mercancías por $ 2,000 que amparaba la misma póliza, cedida, en esta parte, al doctor Temístocles Rengifo V.;

"b) La agencia en esta ciudad de Cali de la Compañía de Seguros Albingia pagará a Miguel Angel Muñoz (hoy sus herederos), el importe de la liquidación del seguro por razón de la póliza mencionada en el punto anterior;

"c) El demandante señor Herman S. Bohmer queda obligado a pagar a Miguel Angel Muñoz(hoy sus herederos), una vez ejecutoriada esta sentencia, la suma de tres mil quinientos veiate pesos por valor de los perjuicios causados a dicho Muñoz por el embargo y secuestro preventivos de la referida póliza de seguros número 72,152;

"d) Se absuelve recíprocamente a las partes de los demás cargos formulados en las demandas principales y de reconvención;

"e) Se ordena la cancelación del embargo y secuestro de la póliza de seguros número 72,152 de que se ha hecho mérito;

"f) No se hace expresa condenación en costas por no ser el caso".

Subsanada la deficiencia de personería en que asentó su decisión el Juzgado del circuito con la presentación en la segunda instancia de los documentos probatorios correspondientes el Tribunal procedió a desatar la cuestión litigiosa, reducida a considerar y establecer de acuerdo con la ley sustantiva, cuál de los dos recurrentes contra la sentencia de primer grado tiene mejor derecho al pago de la indemnización debida por la Compañía de Seguros Albingia, si Muñoz como cesionario de la póliza después de ocurrido el siniestro, o Bohmer por tener derecho preferencial a su pago en virtud de ser dueño del crédito garantizado con la hipoteca de la casa cuyo incendio ha dado origen a la indemnización debida por el asegurador. Respecto de la Compañía Albingia no hay problema en cuanto a la existencia de su obligación, porque desde el comienzo del litigio ha expresado que está lista a pagar la indemnización por el siniestro ya liquidado, y que sólo espera la decisión definitiva que señale la persona a quien pueda hacer el pago efectivo.

La inclusión que en sus consideracio-

nes decisivas hace el Tribunal de la parte de la indemnización correspondiente a $ 2,000.00 como valor del aseguro de mercancías, pagados a Temístocles Rengifo como cesionario en esta parte de la póliza, es equivocada e impertinente porque esta cuestión no ha sido sometida a decisión judicial como pretensión oportunamente deducida por las partes, ni la indemnización, en esta parte, está vinculada al problema de derecho que se discute por no referirse al inmueble hipotecado y asegurado.

El siguiente es el resumen de los fundamentos del fallo del Tribunal:

La disposición del artículo 2446 del C. C., razón fundamental del demandante Bohmer, que establece que la hipoteca se extiende, entre otras cosas, a la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados, "aparece en aparente (sic) contradicción con la del art. 679 del C. C., según la cual la cosa que hace la materia del seguro no es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituídos sobre aquélla".

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 27 de 1888, que somete el seguro a las leyes mercantiles, y el primero del C. de Co. que establece la aplicación preferente de sus disposiciones a los asuntos comerciales, es de obligatoria aplicación el artículo 679 del C. de Co. en contraposición con el 2446 del C. C., para resolver un problema relacionado con el contrato de seguro, esencialmente mercantil.

En relación con la citada disposición del C. de Co., existe en esta misma obra el artículo 713, que dispone, en lo tocante al caso, que si el acreedor hipotecario y el deudor asegurado convienen en que, llegado el caso del siniestro, el importe de la indemnización se subrogue al inmueble hipotecado, el asegurador, notificado de ese pacto, deberá liquidar la indemnización con el acreedor respectivo. "Si se compaginan estas dos disposiciones y se aplican de preferencia al caso cuestionado, se llega a la conclusión de que Bohmer como acreedor hipotecario no tiene derecho a reclamar la indemnización del seguro, por no haber acreditado su convenio o pacto con los asegurados Bensmann & Linzen & Cía. S. A., ni la notificación de ese pacto a la Albingia como aseguradora, con anterioridad a la cesión de traspaso de la póliza del seguro hecha a favor de los endosatarios Miguel Angel Muñoz y Temístocles Rengifo V."

Como pruebas de este pacto, aducidas por el actor, solamente existen las dos cartas del 26 de enero de 1931, dirigidas por Hans Mostler, gerente de Bensmann & Linzen & Cía. S. A., a Herman S. Bohmer, el día mismo del siniestro, en que se refiere al convenio entre ellos en virtud del cual el acreedor hipotecario es dueño de la indemnización debida por causa del incendio, y las dirigidas por este último al agente de la Sociedad Albingia los días siguiente y subsiguiente al siniestro, en que le advierte que es dueño de un crédito por mayor valor de la indemnización con hipoteca sobre la casa incendiada y que el seguro debido protege esa acreencia por virtud del artículo 2446 del C. C. y por haberlo convenido así con los deudores asegurados, de lo cual les ruega tomar nota y dejar de ello testimonio en el duplicado correspondiente como en efecto aparece.

De acuerdo con el artículo 1762 del C. C., la fecha cierta de las dos primeras cartas no es el 26 de enero de 1931, sino el 25 de mayo del mismo año en que fueron presentadas al juicio, y las fechas ciertas de las cartas de Bohmer a la Albingia no son el 27 y 28 de enero de 1931 sino el 3 de febrero de ese año, fecha de la escritura pública de su protocolización. Teniendo como base estas fechas, únicas valederas respecto de terceros, "se llega a la conclusión de que el convenio entre acreedor hipotecario y el asegurado sobre subrogación del importe del seguro, y la notificación de ese pacto a la compañía aseguradora, fueron posteriores al endoso de la póliza de seguros y a la entrega de esta póliza a los endosatarios Miguel Angel Muñoz y Temístocles Ren-

gifo V., endoso que se consumó el 31 de enero de 1931, según la nota puesta al pie de la misma póliza".

Considera el Tribunal que, "los artículos 2445 y 2446 del C. C. forman un conjunto armónico que no permite al intérprete descoyuntar o desarticular el contenido doctrinario de esas dos disposiciones legales", esto es que las cosas que acceden a los inmuebles hipotecados dejan de estar afectados por la hipoteca desde que pertenecen a terceros, como lo estatuye el primero de los artículos citados. Se considera así que la indemnización debida por un asegurador a virtud del incendio del edificio es una especie de fruto civil de la finca gravada, una cosa mueble que por virtud de la accesión debe reputarse inmueble, que pierde esta calidad desde que se separa de la finca para darle destino distinto, y que esta separación, realizada en este caso por la cesión a título de venta, como lo permite el artículo 2440 del C. C., sustrae la indemnización debida a los efectos legales de la hipoteca. Aquí cita la sentencia los artículos 661, 673, 713, 717 y 718 del C. C. en abono de sus tesis.

Con apoyo en estas razones y con la cita del apotegma latino **primus in tempore potior in jure**, deduce el Tribunal el derecho preferencial de los endosatarios para cobrar y percibir el importe de la indemnización a que se ha hecho referencia, debida por la Albingia.

Recurso de casación

Se apoya el recurso oportunamente interpuesto y fundado por Herman S. Bohmer, en el primero de los motivos de casación enumerados en el artículo 520 del C. J., y divide su demanda en varios capítulos dedicados a formular acusaciones contra el fallo por violación directa de leyes sustantivas, o infracción indirecta de las mismas como consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación probatoria del proceso. La Corte, de acuerdo con la disposición del artículo 538 del C. J., que autoriza la administración de sus estudios a una sola causal cuando la encuentre fundada y bastante para infirmar el fallo acusado, reduce la consideración de los cargos al primero, consistente en infracción directa de ley sustantiva.

Esta acusación, fundada en la tesis de que la indemnización debida por el asegurador de un edificio gravado con hipoteca por el deudor asegurado, como consecuencia del incendio de la edificación, está comprendida en la hipoteca, y sometida, por tanto, al derecho preferencial del acreedor hipotecario, busca la prevalencia del artículo 2446 del C. C. sobre el 679 del C. de Co., contentivos de principios contrarios entre sí. Sosteniendo la inaplicabilidad absoluta de la norma mercantil, acusa el recurrente la sentencia por violación del artículo 2446 del C. C., primero, inciso 2º del C. de Co., y 1º y 5º de la Ley 57 de 1887, por no haberlos aplicado, siendo el caso de hacerlo, y el artículo 679 del C. de Co. por indebida aplicación, "porque sobre este precepto, que no hace parte de nuestra legislación, está el citado del C. C."

La Corte considera:

Los textos legales cuya prevalencia se discute y opone son del tenor siguiente:

Artículo 2446 del C. C.: "También se extiende la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes".

Artículo 679 del C. de Co.: "La cosa que hace la materia del seguro no es subrogada por la cantidad asegurada, para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquélla".

Artículo 713 del C. de Co.: "Si el acreedor hipotecario o prendario y el deudor asegurado convinieren que, llegado el caso del siniestro, el importe de la indemnización se subrogue al inmueble hipotecado o a la prenda, el asegurador, notificado de ese pacto, deberá liquidar la indemnización con el acreedor respectivo".

"En caso de quiebra del asegurado, la

enunciada convención será ineficaz, siempre que el acreedor hipotecario o prendario no sea útilmente graduado en el concurso".

Es evidente que entre el principio consagrado en la disposición civil y el contenido en la ley comercial, existe no simplemente una incongruencia, remediable por interpretación, sino una total y completa contradicción de situaciones jurídicas que impone la necesidad de la prevalencia de una sobre otra para solucionar el conflicto planteado por sus ordenamientos inconciliables. Los preceptos del C. de Co. establecen rotundamente que en ningún caso, fuera de lo que se establezca convencionalmente, la cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los derechos preferenciales que corresponden legalmente al acreedor hipotecario, de modo que destruída la cosa hipotecada asegurada, los privilegios constituídos sobre ella quedan consecuencialmente sin efecto puesto que el objeto que les daba vida ha desaparecido sin dejar reemplazo. Por el contrario, la ley civil, al reglamentar la hipoteca y determinar los efectos que produce en la práctica, la hace extensiva de manera expresa no sólo a la cosa sobre que naturalmente recae, a los accesorios de ella, a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, sino que también ha hecho materia de ella y de sus consecuencias, a las indemnizaciones debidas por los aseguradores de la cosa hipotecada, y aunque no se alude especialmente al fenómeno de la subrogación real, el resultado que se produce con la extensión de la hipoteca es equivalente porque la cantidad de dinero que los aseguradores deben pagar en caso de siniestro viene en realidad a ocupar el mismo lugar de la cosa en relación con el privilegio que corresponde a los acreedores hipotecarios.

El sistema adoptado en la ley de comercio sobre el punto en cuestión, incombatible con la norma civil, tiene su origen en la adopción del C. de Co. del antiguo Estado Soberano de Panamá, acogido como código de la República por la ley 57 de 1887, porque el principio de la no subrogación que establece no existe en la legislación que le sirvió de fuente, como tampoco se encuentra en las demás codificaciones. Bien sabido es, en efecto, que la legislación comercial panameña que pasó a ser nacional, fue tomada de la chilena, en la cual existe el principio contrario, esto es, el acorde con la norma civil. El artículo 555 del C. C. chileno dice que "la cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituídos sobre aquélla".

La decisión del punto se reduce, pues, a una cuestión de prevalencia entre dos disposiciones legales contradictorias. La Corte, en presencia de este conflicto de preceptos legales, acoge la teoría de la aplicación preferente de la doctrina del artículo 2446 del C. C. con fundamento en las siguientes razones, someramente expresadas:

La Ley 57 de 1887, que proveyó a la unificación de legislaciones para la República Unitaria, estatuyó reglas precisas para la solución de las situaciones conflictivas que se presentaran entre el imperio de las diversas legislaciones adoptadas. En su artículo 5º estableció:

"Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional, y una legal, preferirá aquélla.

"Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

"1ª La disposición relativa a un punto especial prefiere a la que tenga carácter general";

"2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial....."

Fuera de la prevalencia que corresponde al artículo del C. C. por razón del orden preferencial que establece la ley, también debe dársele primacía en su aplicación en concepto de ser una disposición especial, de carácter excepcional, preferible, por consiguiente, a la del Código de Comercio que contiene simplemente la regla general o la solución de doctrina al respecto. En efecto: una cosa es la materia del seguro, el inmueble o la edificación, adquirida por los modos legales, y otra cosa distinta e inconfundible la cantidad de dinero que se considera como equivalente del valor de las primas en el caso de que haya tenido ocurrencia el siniestro previsto; aquélla es un bien raíz y ésta es un crédito por dinero. Diferentes como son por su naturaleza y procedencia el objeto del seguro y la indemnización por acaecimiento del riesgo, es claro que el acreedor hipotecario, de acuerdo con el principio de que en derecho de preferencia se ejerce sobre la cosa misma, no podría, en ausencia de disposición legal, demandar para sí la indemnización del seguro por efecto de su derecho hipotecario preferencial como lo establece el artículo 679 del C. de Co. en concordancia doctrinaria con el 713 de esa misma obra que reconoce la libertad contractual cuando establece que el deudor asegurado puede hacer en favor de su acreedor hipotecario cesión de sus derechos de seguro, notificándosela al asegurador, para que éste quede obligado a liquidar el siniestro con el acreedor. En esta forma resulta evidente que la ley comercial no contiene en este caso sino la norma general de doctrina jurídica para cuya aplicación no era necesario ningún texto especial de la ley. Es la disposición de la ley civil la que en este caso consagró la regla especial o de excepción al disponer expresamente la extensión de la hipoteca a la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados. Esta indemnización, comprendida por la hipoteca, no propiamente por virtud de subrogación sino por expreso mandato de la ley que ha querido representar en ella la cosa parecida, forma parte del patrimonio del deudor como cosa especialmente afecta al pago de la obligación hipotecaria, y sobre ella el acreedor puede, consecuencialmente, ejercitar las acciones que concede la ley.

Es verdad que el contrato de seguro es esencialmente comercial y que, por lo tanto, todas las cuestiones que en relación con él se susciten deben ser resueltas con aplicación preferencial y exclusiva de las disposiciones que contiene el código sobre la materia; pero también es cierto que el régimen hipotecario, como todos los actos concernientes a la propiedad inmobiliaria, es estrictamente civil por su naturaleza. La ley de la hipoteca es la civil cualesquiera que sean la condición de quienes la otorguen y la naturaleza de la obligación que garantice. El caso de estudio no plantea propiamente ninguna cuestión sobre el contrato de seguro, sino un problema sobre extensión de la hipoteca y como tal debe ser tratado y decidido a la luz de los textos civiles.

En el mismo sentido que estas reglas legales sobre preferencia de preceptos legislativos contradictorios, que dan base a la interpretación exegética, señalan también la aplicación de la ley civil razones más fundamentales conexionadas con la naturaleza misma del derecho real de hipoteca en relación con nociones generales de equidad jurídica, pues nada más justo en verdad que la indemnización debida por los aseguradores de una edificación hipotecada, destruída por el fuego, siga representando en el patrimonio del deudor de la cosa desaparecida y sirva para satisfacer al acreedor que tenía sobre ella un derecho legal de preferencia. Es esta la razón de equivalencia en el plano jurídico del privilegio lo que explica y justifica la extensión de la garantía hipotecaria a que se ha hecho referencia. Visiblemente equivocada es la aplicación de las reglas que gobiernan el fenómeno jurídico de la accesión a este caso expreso y excepcional de extensión de la hipoteca, porque aquí lo que la ley ha establecido es la supervivencia de un derecho

preferencial sobre un crédito, no accesorio del inmueble, sino su reemplazo jurídico a través de su destrucción, en garantía de una obligación para cuyo cumplimiento estaba afectado especialmente el inmueble gravado. Si el edificio sometido al gravamen hipotecario estaba bajo la posibilidad legal de ser vendido a pedimento del acreedor para el pago de su crédito, no se justificaría que la suma de dinero en que se convierte por la azarosa ocurrencia del siniestro se considerare como un bien común del deudor asegurado en beneficio de todos sus acreedores, precisamente cuando la situación del dueño del crédito hipotecario desmejora por la destrucción de la cosa que le servía de garantía.

Las breves consideraciones que anteceden demuestran plenamente la inaplicabilidad doctrinaria del artículo 679 del C. de Co. en cuanto se relaciona con la hipoteca, porque siempre ha de preferir la disposición contraria del C. C. contenida en el artículo 2446. Decidido en esta forma el conflicto de los preceptos contradictorios, se deducen claramente las violaciones legales en que incurrió el Tribunal al sentenciar el caso con aplicación de la opuesta teoría, que la Sala encuentra incompatible con normas civiles de obligatorio imperio preferencial.

La resolución que corresponde proferir a la Corte en reemplazo de la acusada del Tribunal no ofrece dificultad ni duda a la luz del artículo 2446 del Código Civil, contentivo de una regla cuya significación y alcance están claramente determinados. Extendida la hipoteca a la indemnización debida por la Compañía de Seguros Albingia por efecto del incendio de la casa de propiedad de Bensmann & Linzen & Cía. S. A., hipotecada a favor de Herman S. Bohmer en garantía de una obligación de dinero, según póliza número 72,152 de 10 de diciembre de 1930 que está en poder de los aseguradores por embargo judicial obtenido por el acreedor, es claro que tal indemnización, no pagada aún, está legal e indivisiblemente sometida al derecho preferencial y a la acción persecutoria que corresponde al acreedor hipotecario. Los términos en que fue iniciado el primer juicio por Herman S. Bohmer, precedido por las diligencias de embargo preventivo de la póliza, como la demanda de reconvención que propuso luégo, dirigida contra sus deudores Bensmann & Linzen & Cía., la Compañía de Seguros Albingia y Miguel Angel Muñoz, y que fueron acumulados en este expediente procedimentalmente defectuoso y confuso, autorizan completamente para considerar que ha sido ejercitada por el acreedor Bohmer su acción real hipotecaria contra la indemnización debida por el asegurador y depositada en su poder. No ha sido materia de controversia ni contradicción, y su evidencia resulta de los autos, la existencia de la obligación hipotecaria de Herman S. Bohmer contra Bensmann & Linzen & Cía. S. A., con personería perfectamente establecida, con calidad de exigible y por cuantía que excede apreciablemente al monto de la indemnización debida según liquidación hecha con ocasión del embargo preventivo que se hizo de la póliza del seguro. Es evidente también el vigor de la hipoteca, indivisiblemente vinculada a todo lo que la ley la extiende.

Por tanto, con apoyo en 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 de fecha 29 de marzo de 1939, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y revocando la de primera instancia proferida por el Juzgado 3º del Circuito de Cali el 2 de octubre de 1937,

Falla:

1º Herman S. Bohmer, en su calidad de acreedor hipotecario de Bensmann & Linzen & Cía. S. A., con hipoteca sobre la casa asegurada con la póliza de seguro contra incendio número 72,152 de 10 de diciembre de 1930, tiene derecho preferencial a que se le pague el valor del se-

guro por razón del siniestro que destruyó la casa asegurada.

2º La Compañía de Seguros Albingia está obligada a pagar a Herman S. Bohmer una vez ejecutoriada esta sentencia el valor de la indemnización que debe por razón de la póliza precitada, correspondiente a la casa de propiedad de Bensmann & Linzen & Cía. S. A., situada en Buenaventura, incendiada el 26 de enero de 1931.

3º Este pago se imputará a la obligación hipotecaria de Bensmann & Linzen & Cía. S. A., en favor de Herman S. Bohmer en que figuraba como garantía la hipoteca de la casa incendiada y asegurada.

4º Se ordena la cancelación del embargo y secuestro de la póliza a que se ha hecho referencia;

5º No se hacen las demás declaraciones suplicadas en las demandas principales y de reconvención, y

6º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

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

Hernán Salamanca—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón. Srio. en ppdad.

OBJECIONES A UNA PARTICION

El partidor de una comunidad herencial debe conformarse, al verificar las adjudicaciones a los respectivos coasignatarios, a las normas generales que para la partición de los bienes señala el Título X del Libro tercero del C. C., ciñéndose a estas reglas legales de equidad para la formación de los lotes de los asignatarios, distribución de los frutos percibidos y de los pendientes como lo enseñan los artículos 1394, 1395 y siguientes del código citado, y teniendo en cuenta, para hacer las adjudicaciones, el valor que a los bienes se haya dado al hacer el inventario sucesoral. Esas reglas generales que gobiernan la actividad del partidor sufren la excepción consistente en que los copartícipes acuerden legítima y unánimemente una cosa distinta de lo que en ellas se establece, ya sea para adjudicar los bienes sin sujeción a las reglas de la ley civil sino conforme a las que ellos prefijen, o para tener como base de las adjudicaciones, no el valor dado a los bienes en los inventarios sino el que ellos voluntariamente convengan o el que resulte de la licitación de esos bienes. Siendo todos los asignatarios mayores, no hay ningún inconveniente de carácter legal para que puedan realizar en forma extrajudicial la división y distribución de los bienes hereditarios, para lo cual basta, pero les es indispensable, el acuerdo sobre la manera de llevar a cabo las operaciones de la partición. En estos asuntos de jurisdicción voluntaria el acuerdo de los interesados sobre puntos determinados que son de su exclusivo interés particular es la norma preferente, y el ministerio judicial no tiene cabida sino cuando la falta de ese acuerdo de los interesados hace necesaria la aplicación de las leyes que rigen la distribución de las herencias. Es requisito esencial para que puedan variarse las normas generales de la ley sobre particiones herenciales, que los coasignatarios acuerden o convengan legítima y unánimemente soluciones o fórmulas diferentes de las legales y determinadas. (Artículos 1391 y 1392, C. C.). En el incidente de objeciones a la partición sólo caben reparos sobre aplicación de las normas de equidad y equivalencia que da la ley para las adjudicaciones, pero en manera alguna problemas vinculados a la validez misma de la partición, sujeta por este aspecto, a las leyes que gobiernan los contratos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, abril cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

En el juicio sucesorio de Eloísa Aguilera de Garzón, fallecida a mediados del año de 1930 en esta ciudad, cursante en el Juzgado 4º Civil de este Circuito, fueron reconocidos Víctor Lorenzo Garzón como cónyuge supérstite y a la vez heredero, y Miguel, Vicente y Cristina Aguilera como herederos en su condición de hermanos legítimos de la difunta. Por sucesivas cesiones de los derechos del esposo sobreviviente, y por muerte de Vicente y Miguel Aguilera, vinieron a quedar representando la totalidad de los derechos herenciales para el 10 de febrero

de 1937, según datos del proceso, Miguel y Julio Aguilera, Cristina Aguilera, y María del Tránsito Garzón.

Con fecha del día de febrero precitado, los interesados nombrados dirigieron un memorial al Juez, suscrito por todos, en que manifiestan que han acordado las normas que allí expresan para que a ellas se someta la partición de los bienes herenciales, no demandada aún, ya se haga extrajudicialmente, como esperan hacerlo, o para que de acuerdo con ellas proceda el partidor que se nombre. De aquí en adelante estos interesados en la mortuoria cambiaron en parte porque uno de los que aparecen suscribiendo el memorial, María del Tránsito Garzón, cedió sus derechos a Juan, Octavio y Gabriel Junca y Eleuterio Cortés.

En libelo del 24 de mayo de 1937 los cesionarios de María del Tránsito Garzón, por medio de apoderado, demandaron la partición de los bienes herenciales y pidieron que se verificara de acuerdo con las normas acordadas en el citado memorial fechado el 10 de febrero de ese año, que para el efecto acompañaron a la demanda. Los demás coparticipes, demandados para la partición, Miguel y Julio Aguilera y Cristina Aguilera de González, sin oponerse a la partición pedida, manifestaron al contestar el traslado de la demanda que rectificaban el consentimiento expresado en el memorial del 10 de febrero, a cuyo acuerdo no se sentían ya vinculados por la circunstancia de haber variado las personas que lo suscribieron, de tal modo que la partición debía llevarse a cabo de acuerdo con las reglas legales. A pedimento de estos interesados, el Juzgado, en auto del 15 de septiembre de 1937, confirmado por el Tribunal Superior, dispuso que el partidor nombrado no tuviera en cuenta como norma obligatoria de su trabajo el referido memorial por no ser expresivo del consentimiento unánime de los interesados ni haber sido presentado en la forma personal que exige el artículo 358 del C. J.

En estas condiciones procedió el partidor nombrado por el Juzgado a verificar la correspondiente liquidación, división y adjudicación de los bienes de la herencia, sin sujeción al rectificado acuerdo consignado en el memorial del 10 de febrero, como expresamente lo advierte, en acato a decisiones judiciales ejecutoriadas.

En el correspondiente término de traslado de la partición, el apoderado de los Juncas y Cortés, cesionarios de María del Tránsito Garzón, objetó el trabajo de partición por el hecho de no haberse tenido en cuenta por el partidor el escrito varias veces citado, visible al folio 109 del expediente, en el cual todos los coasignatarios convinieron unánimemente una forma distinta de la en que fue hecha la partición, de donde deduce el objetante que ésta fue hecha sin base legal y que por tanto no puede subsistir.

Agotado el trámite procedimental del incidente, en cuyo término probatorio se hizo absolver posiciones a los firmantes del aludido memorial para establecer la autenticidad de sus firmas, el Juzgado lo decidió en providencia del 6 de marzo de 1930, en la que, haciendo el recuerdo de que se trataba de un punto reiteradamente resuelto en autos ejecutoriados en el sentido de que el partidor no debía ceñirse al memorial cuestionado y con fundamento en que el precitado acuerdo ya no existía, declaró infundada la objeción y aprobó la partición herencial. Recurrida esta providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia fechada el 15 de julio de 1939, la confirmó en todas sus partes y condenó en las costas del recurso al apelante.

Es esta sentencia de segunda instancia, aprobatoria de la partición, la acusada en el recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado de los Junca y Cortés, y que hoy se procede a decidir por estar legalmente preparado.

El recurso

Se acusa la sentencia con base en la causal primera del artículo 520 del C. J. y se señalan como disposiciones violadas,

por infracción directa y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, los artículos 1494, 1602, 1391 y 1392 del C. C. y 358 del C. J.

Para el ataque en casación se renueva completamente, en todos sus detalles, la misma cuestión en que se hizo pie para objetar la partición, esto es, la circunstancia de haber prescindido el partidor "de los términos acordados legítima y unánimemente por los coasignatarios en documento de 10 de febrero de 1937, que, reconocido en posiciones, obra en autos", términos éstos contractualmente obligatorios para quienes los convinieron y de imperioso acto para el partidor según la disposición inequívoca de los artículos 1391 y 1392 del C. C. Los errores de hecho y de derecho a que se refiere la demanda se hacen consistir en la falta de apreciación de la prueba del acuerdo en que incurrió el Tribunal al no tener en cuenta el memorial en que se hizo constar.

Se considera:

El partidor de una comunidad herencial debe conformarse al verificar las adjudicaciones a los respectivos coasignatarios, a las normas generales que para la partición de los bienes señala el Título X del Libro 3º del C. C., ciñéndose a estas reglas legales de equidad para la formación de los lotes de los asignatarios, distribución de los frutos percibidos y de los pendientes como lo enseñan los artículos 1394 y 1395 y siguientes del código citado, y teniendo en cuenta, para hacer las adjudicaciones el valor que a los bienes se haya dado al hacer el inventario sucesoral. Estas reglas generales que gobiernan la actividad del partidor sufren la excepción consistente en que los copartícipes acuerden legítima y unánimemente una cosa distinta de lo que en ellas se establece, ya sea para adjudicar los bienes sin sujeción a las reglas de la ley civil sino conforme a las que ellos prefijen, o para tener como base de las adjudicaciones, no el valor dado a los bienes en los inventarios sino el que ellos voluntariamente convengan o el que resulte de la licitación de esos bienes. Siendo todos los asignatarios mayores, no hay ningún inconveniente de carácter legal para que puedan realizar en forma extrajudicial la división y distribución de los bienes hereditarios, para lo cual les basta, pero les es indispensable, el acuerdo sobre la manera de llevar a cabo las operaciones de la partición. En estos asuntos de jurisdición voluntaria el acuerdo de los interesados sobre puntos determinados que son de su exclusivo interés particular es la norma preferente, y el ministerio judicial no tiene cabida sino cuando la falta de ese acuerdo de los interesados hace necesaria la aplicación de las leyes que rigen la distribución de las herencias.

Es requisito esencial para que puedan variarse las normas generales de la ley sobre particiones herenciales, que los coasignatarios acuerden o convengan legítima y unánimemente soluciones o fórmulas diferentes de las legales y determinadas (artículos 1391 y 1392, C. C.). La condición de legitimidad no es atinente al caso de estudio. La ley misma autoriza su propia abrogación pero exige indispensablemente para que se cumpla, que la norma que vaya a prevalecer sobre sus ordenamientos sea el resultado de un acuerdo unánime en forma que haga posible su variación.

En el caso de autos la pretensión del recurrente es visiblemente ilegal porque persigue, según resulta de los antecedentes expuestos, la prevalencia sobre la ley de acuerdo suscrito por personas distintas de quienes lo invocan, que existió antes de demandarse la partición, y se convirtió en perfecto desacuerdo cuando se demandó ésta. Aquí no sólo no hay unanimidad, sino controversia. Para que se pudiera alegar, como lo hace el recurrente con la cita improcedente de los artículos 1494 y 1602 del C. C., fuerza obligatoria a lo convenido en el memorial del 10 de febrero de 1937, sería necesario

que tal acto hubiera sido un contrato perfecto entre los que lo suscribieron, en forma capaz de vincular obligatoria e irrevocablemente su consentimiento, y entonces se plantería la cuestión de prevalencia de una partición extrajudicial sobre una judicial, cosa que excedería ilegalmente los límites jurisdiccionales del incidente de objeciones a la partición, donde sólo caben reparos sobre aplicación de las normas de equidad y equivalencia que da la ley para las adjudicaciones pero en manera alguna problemas vinculados a la validez misma de la partición, sujeta por este aspecto, a las leyes que gobiernan los contratos. El aludido memorial único apoyo de las pretensiones del recurrente, resulta inválido considerado como contrato, y absurdo como prueba de acuerdo unánime, porque en torno de él, de las normas allí consignadas efímeramente, se ha planteado esta controversia entre los interesados.

Lo único que resulta con evidencia de los autos es el desacuerdo entre los cuasignatarios para alterar las reglas legales sobre partición y adjudicación de los bienes de la herencia, las cuales, en consecuencia, tienen la imprescindible aplicación que aparece dada por el Tribunal en la sentencia acusada. Y ninguna objeción se ha formulado con ocasión de la manera como el partidor dio aplicación a estas reglas de la ley civil al verificar su trabajo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 15 de julio de 1939, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica. Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO. — ACTUACION. — REVALIDACION DE PAPEL

Aunque el artículo 351 del C. J. no señala término para revalidar el papel común empleado en la actuación, es claro que la persona que quiera ser oída, o que tenga algún recurso que interponer, debe revalidarlo, en tesis general, dentro del término que la ley concede para interponer el recurso, o para hacer valer su derecho, porque lo contrario sería dejar a la voluntad de una de las partes el demorar indefinidamente la actuación, con graves perjuicios para la otra parte y para la buena administración de justicia, pues los pleitos se harían interminables.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, veintidós de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de ocho de noviembre último, confirmó en todas sus partes la que había dictado el Juez 2º Civil de este Circuito, con fecha treinta de junio de mil novecientos treinta y ocho, en el juicio ordinario seguido por Gregorio Torres contra la Compañía de Samacá, por perjuicios.

Notificada legalmente dicha sentencia, el señor apoderado de la parte demandada, doctor Policarpo Neira Martínez, interpuso contra ella el correspondiente recurso de casación.

Como quiera que se había empleado papel común en la actuación, por falta de papel sellado, el Tribunal, por auto del seis de febrero del presente año, dispuso requerir al solicitante, doctor Neira Martínez, para que en el término de la ejecutoria del auto cumpliera lo establecido en el artículo 351 del Código Judicial.

Notificado y ejecutoriado el referido auto sin que el doctor Neira Martínez revalidara el papel común, el Tribunal, por auto del catorce de febrero, dio por no interpuesto el recurso de casación de que se ha hablado y ordenó devolver el expediente a la oficina de origen.

De este último auto pidió reposición el interesado, por memorial del diez y nueve de febrero, en el cual manifestó que ese mismo día consignó las estampillas necesarias para revalidar el papel común empleado en la actuación. Subsidiariamente pidió también que se expidiera la copia respectiva para ocurrir de hecho ante la Corte.

Vino entonces el auto del Tribunal de fecha veintiocho de febrero, por el cual se negó la reposición pedida y se ordenó expedir la copia solicitada, en el término de quince días.

Ese auto quedó notificado el cuatro de marzo, y el ocho del mismo mes se expidió la copia ordenada.

Como pasaran varios días sin que el recurrente retirara la copia de la Secretaría, la contraparte pidió al Tribunal que le señalara término para retirarla, lo que hizo aquella Corporación en providencia del seis de abril, en la cual se fijó el término de dos días. Vencido superabundantemente este último término sin que el recurrente retirara la copia, el Tribunal, a petición de parte, en proveído del diez y seis de abril, dio por no interpuesto el recurso de hecho de que se ha venido haciendo referencia, declaró ejecutoriada la sentencia de segunda instancia y ordenó devolver el expediente al Juzgado de origen.

Por último, el diez y siete de abril el

recurrente retiró la copia de la Secretaría del Tribunal, y el veinte del propio mes la trajo a la Corte, con un memorial en que sustentó el recurso de hecho. El interesado presentó también un certificado del doctor José Vicente Huertas en que afirma que la señora Isolina de Neira M. necesita una intervención quirúrgica y dos declaraciones recibidas extrajuicio, en las cuales se asegura que la nombrada señora hace más o menos cuatro meses que se encuentra delicada de salud.

El interesado alega, en síntesis, que como el artículo 351 del Código Judicial no señala término para revalidar el papel, se puede revalidar en cualquier tiempo, y que una vez revalidado debe decretarse la solicitud que se haya presentado dentro del término legal correspondiente.

La Corte, para resolver, considera:

El artículo 351 del C. J. no señala evidentemente, término para revalidar el papel común empleado en la actuación, pero es claro que la persona que quiera ser oída, o que tenga algún recurso qué interponer, debe revalidarlo, en tesis general, dentro del término que la ley concede para interponer el recurso, o para hacer valer su derecho, porque lo contrario sería dejar a la voluntad de una de las partes el demorar indefinidamente la actuación, con graves perjuicios para la otra parte y para la buena administración de justicia, pues los pleitos se harían interminables.

En el caso concreto de estudio, el Tribunal, haciendo uso de una clara facultad concedida por el artículo 367 del C. J., fijó el término dentro del cual debía el recurrente revalidar el papel, y ese término venció sin que lo revalidara. La revalidación vino a hacerse cuando ya había vencido con creces el término señalado por el Tribunal y el que la ley concede para interponer el recurso de casación. Es, por tanto, más notoria la renuencia de la parte a cumplir la formalidad legal anotada.

De consiguiente, es legal el auto de fecha catorce de febrero del presente año, por medio del cual el Tribunal dio por no interpuesto el recurso de casación contra la sentencia de fecha ocho de noviembre próximo pasado.

Pero hay más:

En vista de que el recurrente no retiró oportunamente la copia necesaria para fundamentar el recurso de hecho ante la Corte, el Tribunal le fijó término para retirarla, término que venció también sin que el interesado atendiera el requerimiento del Tribunal.

El certificado y las declaraciones presentados por el recurrente para demostrar la enfermedad de su señora, no sirven para considerar suspendidos los términos respectivos, porque no se llenaron oportunamente los requisitos exigidos por el artículo 370 del C. J.

De lo dicho se deduce que estuvo bien denegado el recurso de casación, y, por lo mismo, no puede prosperar el de hecho.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Estímase bien denegado el recurso de casación interpuesto por el doctor Policarpo Neira Martínez, como apoderado de la Compañía de Samacá, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha ocho de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en el juicio ordinario seguido contra la expresada compañía por el señor Gregorio Torres, por perjuicios.

Hágase saber al inferior, para que conste en los autos.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—El Secretario, **Pedro León Rincón.**

RECURSO DE HECHO. — ACTUACION.— PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION.

El artículo 351 del C. J., en su inciso 2º, no es de aplicación mecánica sino que es preciso hacer saber a la parte que no ha suministrado el papel correspondiente para la actuación que está en el deber de hacerlo, lo cual constituye un requerimiento. Esto además de que constituye la interpretación recta de tal artículo, de acuerdo con los principios generales de procedimiento civil, evita actuaciones sorpresivas que muchas veces pueden desconocer el derecho que asiste a una de las partes. Pero si eso es exacto, también lo es que la parte requerida para revalidar el papel debe hacerlo dentro del plazo que la ley le concede para interponer el recurso o hacer uso de él y en todo caso, antes de que se haya resuelto su petición. Si el recurso se interpuso a tiempo y si antes de decidirse si se concede o se niega ya está revalidado el papel, no hay óbice para oír al peticionario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Andrés Valencia, en ejercicio de la acción de simulación demandó a Milciades Vera, ante el Juez de Circuito de Honda, para que se declarara simulado el contrato contenido en la escritura pública trescientos ochenta y ocho (388) de veintidós (22) de junio de mil novecientos treinta y cuatro (1934), de la Notaría de Honda, celebrado entre Roque Vera y el demandado Milciades Vera, por el cual aquél dijo transferirle a éste varios bienes raíces, con sus mejoras y algunos semovientes. Como consecuencia de esta declaratoria pidió que se resolviera que tales bienes pertenecen a la sucesión ilíquida de Roque Vera y por lo tanto suplicó se condene al demandado a entregar a la sucesión ilíquida del expresado Roque Vera los bienes materia del contrato.

El Juez del conocimiento en sentencia de 24 de agosto de 1936 decretó las peticiones principales de la demanda, que son a las que se acaba de hacer referencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en fallo de 31 de octubre de 1939, confirmó la sentencia del inferior haciéndole una reforma únicamente, consistente en declarar que pertenece a la sucesión de Roque Vera, y debe restituírse el cuarto lote de terreno, determinado en el cuarto hecho de la demanda.

Jorge Altuzarra Lezama, apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de casación contra tal fallo, memorial que pasó al Despacho el once de diciembre de mil novecientos treinta y nueve.

El quince del mismo mes y año el Tribunal dictó un auto en el cual dispone que no puede resolver el memorial sobre interposición del recurso mientras el recurrente no revalide las seis hojas de papel común empleadas en el fallo, de conformidad con el artículo 351, inciso 2º del C. Judicial. Tal providencia se notificó el veintidós de enero de mil novecientos cuarenta y el diez y siete de febrero de dicho año el apoderado de la parte contraria pidió al Tribunal que no concediera el recurso propuesto por Altuzarra por no haber revalidado el papel común usado para la sentencia.

El Tribunal en vista de esta petición, y en auto de diez de abril del año en curso negó la concesión del recurso y declaró ejecutoriada la sentencia. Se fundó para

esto en lo siguiente: En que por auto de quince de diciembre se abstuvo de resolver la petición sobre concesión del recurso de casación mientras el recurrente no revalidara el papel común usado en la sentencia; en que el auto en que tal se dispuso, que era un requerimiento se notificó el veintidós de enero y se dejó ejecutoriar por el recurrente sin que hubiera cumplido con la obligación de revalidar el papel. En que desde la ejecutoria de ese auto han transcurrido alrededor de cincuenta días hasta la fecha en que el Tribunal dictó el auto que se está mencionando y finalmente en que la jurisprudencia ha resuelto que la parte renuente al suministro de papel sellado o a la revalidación del común que se haya empleado, perderá el derecho a que se le otorgue un recurso, si cuando ha vencido el término hábil para interponerlo, no ha revalidado el papel.

No fue sino después de dictado ese auto, el diez y seis de abril, cuando Altuzarra revalidó el papel y luégo suplicó al Tribunal la revocación del auto y subsidiariamente interpuso el recurso de hecho.

El Tribunal en proveído de veinticuatro de abril último no accedió a la concesión del recurso de casación pero concedió el de hecho y se fundó en que el recurrente dejó transcurrir el término hábil para interponer el recurso de casación sin haber revalidado el papel, así como también el término de la ejecutoria del auto de quince de diciembre ya mencionado.

Como el recurso de hecho está debidamente aparejado y en su interposición y preparación se cumplieron las disposiciones de los artículos 522 y 523 del C. Judicial, es el caso de resolverlo y a ello se procede.

La Corte considera: El artículo 351 del C. Judicial, en su inciso 2º no es de aplicación mecánica sino que es preciso hacer saber a la parte que no ha suministrado el papel correspondiente para la actuación, que está en el deber de hacerlo, lo cual constituye un requerimiento. Esto además de que constituye la interpretación recta de tal artículo, de acuerdo con los principios generales de procedimiento civil, evita actuaciones sorpresivas que muchas veces pueden desconocer el derecho que asiste a una de las partes.

Pero si lo anterior es exacto, también lo es que la parte requerida para revalidar el papel debe hacerlo dentro del plazo que la ley le concede para interponer el recurso o hacer uso de él y en todo caso, antes de que se haya resuelto su petición. Si el recurso se interpuso a tiempo y si antes de decidirse si se concede o se niega ya está revalidado el papel, no hay óbice para oír al peticionario.

La anterior ha sido la jurisprudencia de la Corte en varios fallos.

En el caso presente, aparece de bulto que el recurrente no sólo dejó agotar el término que tenía para interponer el recurso de casación, previa la revalidación del papel, ordenada por el Tribunal, sino que fue mucho después de expirado ese término, más de cincuenta días, cuando cumplió con esa obligación, tardíamente, cuando ya era inoperante la revalidación, para los efectos de la concesión del recurso de casación, pues como se ha expresado, cuando se hizo aquélla, estaba más que agotado el término que el recurrente tenía para interponer el recurso.

No es admisible el argumento del recurrente y que consiste en afirmar que la notificación del auto por el cual el Tribunal le ordenó la revalidación del papel, ha debido ser personal, porque eso equivaldría a adicionar por el juzgador el artículo 312 del C. Judicial, lo cual como es obvio, no es posible.

No hay por otra parte ninguna disposición que en un caso como el presente ordene que esas notificaciones deban ser personales.

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

la ley **deniega** el presente recurso de hecho.

Publíquese, cópiese, notifíquese, envíese copia de esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, publíquese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Evelgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION DE CANCELACION DE HIPOTECA.—NOVACION. — CONDICIONES PARA QUE HAYA NOVACION.—DOCTRINA DE LOS AUTORES. — CESION DE CREDITOS.—TECNICA DE CASACION.

1.—El primer medio de extinción de las obligaciones por satisfacción de otra distinta de la primitivamente pactada es la novación, o sea la sustitución de una nueva obligación a otra anterior que por lo tanto queda extinguida (artículo 1687, C. C.). En virtud de esta figura la relación jurídica antigua se extingue por el nacimiento de otra que ocupa su lugar; una obligación reemplaza a otra. No tiene dicha figura, en el derecho moderno, el interés práctico que ofrecía en el primitivo derecho romano, debido al principio de la intransmisibilidad e inmutabilidad de la relación jurídica obligatoria y por eso, en el derecho antiguo, la modificación de esa relación llevaba a extinguir la primitiva y a crear otra. En el derecho moderno se permite a las partes cambiar los términos de una relación jurídica y particularmente trasmitirla activa o pasivamente. La cesión de créditos ha restado mucho de su importancia e interés a la novación y por eso observan los autores que este medio extintivo tiende a desmembrarse o disolverse en provecho de figuras o instituciones vecinas, como la cesión de créditos, la cesión de la obligación y la dación en pago. Esta desmembración ha dado como resultado que en algunos códigos modernos, como el alemán, la novación no exista y que el código suizo de las obligaciones no le consagre sino dos artículos. — 2.—La simple *mutatio creditoris* no entraña novación. Para que ésta se verifique son necesarias dos condiciones: primera, consentimiento del deudor; segunda, extinción clara de la obligación antigua que queda sustituída por la nueva, y en la cual el titular es nuevo acreedor. — 3.—Quien traspasa un crédito proveniente de una obligación civil o comercial, lo hace con todas las garantías anexas a aquéllas y responde siempre de la existencia de la obligación cedida. (Artículo 1965 ibid.). — 4.—La causa puede variar cuando se verifica la novación, mas no varía nunca cuando se verifica la cesión de un crédito, y esto porque en la primera hay sustitución de obligación y en la segunda la obligación primitiva queda inmutable; por eso en la primera, salvo estipulación en contrario, desaparecen las garantías anexas a la obligación y en la segunda, éstas permanecen. En la cesión de un crédito no es sólo la trasferencia a título singular en el derecho del acreedor primitivo lo que adquiere el cesionario, sino que también queda favorecido por la naturaleza del instrumento en que conste la obligación, de modo que si el cedente traspasa un título ejecutivo, ese mismo título es del cesionario y por eso la cesión se verifica por la entrega del título (artículo 33, Ley 57 de 1887). Finalmente, la doctrina de los expositores franceses contemporáneos sostiene la transferencia de las dudas, del factor pasivo de las obligaciones, sin que se requiera una novación, pues aseveran que, así como la simple *mutatio creditoris* no entraña novación por sí sola, lo cual se verifica en la cesión de créditos, la simple *mutatio debitoris* debe seguir lógicamente la misma regla. El código colombiano, como el francés, guardan silencio sobre el particular, pero apuntan aquellos doctrinantes que no sería difícil llegar por jurisprudencia a ese resultado, máxime si se considera que un tercero puede pagar por el deudor aún sin el consentimiento de éste. — 5.—Cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida

o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación. Se ha llegado a concluir que lo esencial es la cita del artículo o artículos violados aun cuando el concepto al citarlos no coincida en toda su extensión con el precepto indicado, y esto porque el principio básico de la casación, unificación de la jurisprudencia nacional, obliga a la Corte a estudiar el texto o textos que la demanda señala como violados por la sentencia, por mal interpretados, mal aplicados o dejados por aplicar por ésta. Cuando la acusación se funda en apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que al concepto, al motivo, se añadan la disposición o disposiciones sustantivas violadas. No basta en este caso la mera enunciación conceptual, sino que es necesaria la cita legal pertinente, porque la acusación por el concepto marca el camino de la Corte para el estudio y le circunscribe el motivo, pero está inhibida para llegar hasta el fin, si no encuentra el factor de confrontación, la cita legal, que debe hacer el recurrente para entonces comparar el texto sustantivo señalado como infringido, por algún motivo, con el fallo recurrido. Y ni aún así puede prosperar un recurso de casación si el error de hecho no aparece de manifiesto en los autos, puesto que no es cualquier error cometido por el Tribunal el que lleva a la casación, sino aquel que sea patente y que haya determinado o sea determinante de la violación de una disposición sustantiva por la falta de apreciación o la mala apreciación de una prueba.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Isaías R. Saavedra se constituyó deudor de Servio Julio Camacho por la suma de tres mil pesos ($ 3,00) moneda corriente, que el primero dijo haber recibido del segundo en calidad de mutuo o préstamo a interés. Para mayor garantía de sus obligaciones, Saavedra hipotecó a favor de Camacho la mitad de una casa de rafa y teja situada en la plaza principal de Moniquirá y deslindada como aparece en el contrato de mutuo con hipoteca, de que da cuenta la escritura ciento cinco (105) de siete (7) de mayo de mil novecientos treinta (1930) pasada ante el Notario Primero de Moniquirá.

El expresado Servio Julio Camacho cedió a Bernardo Cárdenas, por escritura trescientos sesenta y tres (363) de treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos treinta (1930) de esa Notaría, el crédito que consta en la escritura 105 antes mencionada.

Isaías R. Saavedra vendió a María Pinzón v. de Franco, por escritura trescientos treinta y cinco (335) de cinco (5) de octubre de mil novecientos treinta y seis (1936), también de la Notaría Primera de Moniquirá, una casa alta de rafa y teja con su asiento y solar correspondiente, ubicada en la plaza principal de Moniquirá y deslindada como aparece en la escritura. La venta se hizo por el precio de quince mil pesos ($ 15,000) moneda corriente y las partes contratantes estipularon que la compradora Pinzón v. de Franco se obligaba a cubrir a Bernardo Cárdenas el crédito hipotecario constituído por Saavedra, por la suma de $ 3,000 y de que ya se ha hecho mérito.

Basado en estos antecedentes el señor Isaías R. Saavedra, por medio de apoderado demandó ante el Juez de Circuito de Moniquirá a Bernardo Cárdenas para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, se condene al expresado Cárdenas a cancelar dentro del término señalado por el Juzgado la hipoteca a que se refieren las escrituras 105 y 163 de 7 de mayo y 31 de diciembre, respectivamente, de 1930.

Subsidiariamente pidió que se declarara que por la novación del contrato de mutuo a que se refieren estas escrituras, quedó extinguida la hipoteca constituida sobre la casa por Saavedra.

El juez de conocimiento, en sentencia de 1º de agosto de 1938 accedió a las peticiones de la demanda, y apelado ese fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja lo revocó totalmente en sentencia de 16 de junio del año próximo pasado.

Interpuso recurso de casación el demandante Saavedra, recurso que pasa hoy a decidirse.

El fallador de segunda instancia absolvió al demandado de los cargos de la demanda porque encontró "que no hay materia sobre qué juzgar de la existencia del contrato de novación, que acredite la sustitución de un nuevo deudor a otro y la expresa voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor" y por cuanto "el demandante no acreditó ninguno de los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya sus pretensiones".

En casación invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del C. Judicial y desenvuelve en once capítulos la acusación al fallo.

Como cuestión previa, cree oportuno la Corte hacer algunas aclaraciones sobre novación y cesión de créditos, para situar este debate en su verdadera posición.

El primer medio de extinción de las obligaciones por la satisfacción de otra distinta de la primitivamente pactada, es la novación, o sea la sustitución de una nueva obligación a otra anterior que por lo tanto queda extinguida. (Artículo 1687 del C. Civil). En virtud de esta figura la relación jurídica antigua se extingue por el nacimiento de otra que ocupa su lugar; una obligación reemplaza a la otra. No tiene dicha figura, en el derecho moderno, el interés práctico que ofrecía en el primitivo derecho romano, debido al principio de la intransmisibilidad e inmutabilidad de la relación jurídica obligatoria y por eso, en el derecho antiguo la modificación de esa relación llevaba a extinguir la primitiva y a crear otra. En el derecho moderno se permite a las partes cambiar los términos de una relación jurídica y particularmente trasmitirla activa o pasivamente. La cesión de créditos ha restado mucho de su importancia e interés a la novación y por eso observan los autores que este medio extintivo tiende a desmembrarse o disolverse en provecho de figuras o instituciones vecinas, como la cesión de créditos, la cesión de la obligación, y la dación en pago. Esta desmembración ha dado como resultante que en algunos códigos modernos, como el alemán, la novación no exista y que el código suizo de las obligaciones no le consagre sino dos artículos.

En la novación son necesarias tres condiciones: **animus novandi** (artículo 1693 del Código Civil); la nueva obligación debe diferenciarse de la antigua en cierta medida, en una cuestión que atañe a la obligación en sí misma considerada, y no a meras modalidades, como la simple mutación de lugar para el pago, o la ampliación o reducción del plazo (artículos 1707, 1708 y 1709, ibidem); finalmente, capacidad de las partes.

La novedad de la obligación puede referirse al cambio de acreedor, al de deudor, al del objeto de la obligación y por lo tanto a variación de la causa.

Mas la simple **mutatio creditoris**, no entraña novación: para que ésta se verifique son necesarias dos condiciones: primera, consentimiento del deudor; segunda, extinción clara de la obligación antigua que queda sustituida por la nueva, y en la cual el titular es nuevo acreedor; de ahí que el artículo 1690 del Código Civil, enseñe en su numeral 2º que la novación se verifica contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor. Y ésta es la diferencia esencial con la cesión de créditos no aceptada por el derecho romano en sus comienzos y elevada a institución jurídica en el derecho moderno, basada en que siendo un crédito un bien que entra dentro del patrimonio, puede trasmitirse y enajenarse como cualquiera otro elemento o factor objeto del derecho, porque la obligación aparece como un valor, un bien, como cualquiera otro, cuya trasmisión es realizable por

procedimientos directos y en la forma adecuada. De ahí no sólo la creación y reconocimiento de este medio de trasmisión, sino su reglamentación, de la cual se ocupa el título 25 del libro 4° de nuestro Código Civil. Constituye esta figura una convención, que sustituye un nuevo acreedor al antiguo sin extinguir la relación obligatoria primitiva, y en que sólo un elemento subjetivo es variado, pero dejando intacta la primera obligación con todas sus condiciones, modalidades y garantías (artículo 1964 del Código Civil), convención en la que no es esencial el consentimiento ni la intervención del deudor porque para sus relaciones con el nuevo acreedor basta la notificación de la cesión (artículo 1960, ibid.) lo que no pasa cuando se verifica la novación por el cambio del primitivo acreedor por cuanto en este caso, surgiendo una nueva obligación, que reemplaza a la antigua, es precisa la intervención, en la nueva convención, del deudor.

La inmutabilidad de la obligación, que va acompañada con todas sus garantías, salvo estipulación expresa en contrario, aun cuando haya cambio del primitivo acreedor, es la base y fundamento de las múltiples transacciones y operaciones sobre endoso y traspaso de letras de cambio y demás instrumentos negociables. Quien traspasa, pues, un crédito proveniente de una obligación civil o comercial, lo hace con todas las garantías anexas a aquéllas y responde siempre de la existencia de la obligación cedida (artículo 1965, ibidem).

La causa puede variar cuando se verifica la novación, mas no varía nunca cuando se verifica la cesión de un crédito, y, esto porque en la primera hay sustitución de obligación y en la segunda la obligación primitiva queda inmutable; por eso en la primera, salvo estipulación en contrario, desaparecen las garantías anexas a la obligación y en la segunda, estas garantías permanecen.

En la cesión de un crédito no es sólo la transferencia a título singular en el derecho del acreedor primitivo lo que adquiere el cesionario, sino que también queda favorecido por la naturaleza del instrumento en que conste la obligación, de modo que si el cedente traspasa un título ejecutivo, ese mismo título es el del cesionario y por eso la cesión se verifica por la entrega del título, artículo 33 de la Ley 57 de 1887.

Finalmente, la doctrina de los expositores franceses contemporáneos sostiene la transferencia de las deudas, del factor pasivo de las obligaciones, sin que se requiera una novación, pues aseveran que, así como la simple **mutatio creditoris** no entraña novación por sí sola, lo cual se verifica en la cesión de créditos, la **simple mutatio debitoris** debe seguir lógicamente la misma regla. El código colombiano, como el código francés, guardan silencio sobre el particular, pero apuntan aquellos doctrinantes que no sería difícil llegar por jurisprudencia a ese resultado, máxime si se considera que un tercero puede pagar por el deudor aun sin el consentimiento de éste.

Dada la manera como ha sido presentada y formulada la demanda de casación en este pleito, considera la Corte que es de rigor hacer algunas observaciones sobre este recurso extraordinario.

Es éste restricto, en cuanto a la naturaleza de los juicios y, por tanto, de las sentencias respecto de las cuales puede interponerse el recurso; es restricto así mismo en cuanto a los motivos de acusación del fallo y en cuanto a las nulidades procedimentales del juicio, no siendo recibibles en el recurso sino las expresadas en el numeral 6° del artículo 520 del Código Judicial.

En cuanto a la técnica de casación y especialmente en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 que acaba de citarse, se parte de la base de que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación entre esos dos extremos se llega o no a la infirmación del fallo. Por eso cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben

citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación. Se ha llegado a concluír que lo esencial es la cita del artículo o artículos violados aun cuando el concepto al citarlos no coincida en toda su extensión con el precepto indicado, y esto porque el principio básico de la casación, unificación de la jurisprudencia nacional, obliga a la Corte a estudiar el texto o textos que la demanda señala como violados por la sentencia, por mal interpretados, mal aplicados o dejados de aplicar por ésta.

Cuando la acusación se funda en apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que al concepto, al motivo, se añadan la disposición o disposiciones sustantivas violadas. No basta en este caso la mera enunciación conceptual, sino que es necesaria la cita legal pertinente, porque la acusación por el concepto, marca el camino de la Corte para el estudio y le circunscribe el motivo, pero está inhibida para llegar hasta el fin, si no encuentra el factor de confrontación, la cita legal, que debe hacer el recurrente para entonces comparar el texto sustantivo señalado como infringido, por algún motivo, con el fallo recurrido. Y ni aún así puede prosperar un recurso de casación si el error de hecho no aparece de manifiesto en los autos puesto que no es en el caso que se contempla, cualquier error cometido por el Tribunal el que lleva a casación, sino aquél que sea patente y que haya determinado o sea determinante de la violación de una disposición sustantiva por la falta de apreciación o la mala apreciación de una prueba.

Es el recurrente el que en su demanda da la pauta a la Corte para el estudio, ya señalando los motivos, ya los conceptos, y por eso no puede decidirse una casación por una causal no invocada ni variarse un motivo por otro, puesto que el recurso extraordinario de que se viene tratando no es susceptible de esa amplitud.

Considerando entonces a la luz de los anteriores principios los cargos hechos en casación y los fundamentos de la sentencia recurrida, la Corte concluye lo que sigue:

a) No son de recibo los primeros cinco cargos contra la sentencia recurrida, porque ellos se refieren a violaciones de la ley adjetiva, por cuanto según el concepto del recurrente hubo irregularidades, en la tramitación de la excepción dilatoria propuesta en este juicio. No toda irregularidad es nulidad y aun cuando hubiera habido nulidades adjetivas en la tramitación y fallo de la defensa dilatoria, esa cuestión no sería motivo de casación, por cuanto no está comprendida en las a que se refiere el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial. No puede tampoco sostenerse que se incurrió en alguna de las nulidades del artículo 448 del código que acaba de citarse, porque además de que las partes militantes en este juicio han intervenido en él, citadas en la forma legal, la competencia de jurisdicción es clara y la ilegitimidad de la personería de las partes, además de que no se halla demostrada, no fue controvertida en las instancias y sería por lo tanto, un medio nuevo en casación.

Las acusaciones de que se acaba de hacer mérito no se avienen con la naturaleza de este recurso.

b) Los restantes cargos, algunos de los cuales, por el modo como están formulados pugnan con la técnica de casación, por lo ya expresado arriba, deben estudiarse conjuntamente porque todos ellos están enfocados sobre un mismo objetivo, o sea que ya por violación directa de la ley, por aplicación indebida o por error en la apreciación de las pruebas, el Tribunal no dedujo que se había verificado el fenómeno de la novación subjetiva por el cambio de acreedor primitivo.

En lo anterior el recurrente es lógico, porque a su turno el Tribunal enfocó también el asunto sobre el problema de la novación.

Realmente lo que hubo fue la cesión de un crédito hipotecario hecha por el primitivo acreedor Servio Julio Camacho a Bernardo Cárdenas, cesión que por lo explicado en la parte primera de este fallo,

nada tiene que ver con el fenómeno de la novación.

Posteriormente a esa cesión, Isaías Saavedra, que fue el deudor de Camacho y actualmente Cárdenas, celebró un contrato de compraventa con María Pinzón v. de Franco y en ese pacto se estipuló que la compradora Pinzón pagaría el crédito hipotecario constituído por Saavedra a favor de Camacho y de que era cesionario Cárdenas.

Ahora bien: como éste no intervino en ese pacto, resulta que tal contrato es para Cárdenas **res inter alia**, y en nada por lo tanto lo compromete ni obliga. Por este aspecto no pudo haber novación, puesto que ni Cárdenas fue parte en el contrato ni hubo sustitución de una obligación por otra en virtud de la compraventa celebrada entre Saavedra y la señora Pinzón de Franco. Es cierto que ésta se comprometió con Saavedra a cubrir el valor del crédito a favor de Cárdenas, pero esto no quiere decir que se hubiera novado la obligación existente entre Saavedra y Cárdenas sino que la señora viuda de Franco contrajo una obligación para con Saavedra, de cuyo cumplimiento debe responderle aquélla a éste pero que en ninguna manera compromete ni modifica la obligación de Saavedra respecto de Cárdenas.

El Tribunal estimó que en virtud de la escritura de compraventa en la que consta el contrato celebrado entre Saavedra y la señora Franco no hubo novación de la obligación existente entre Saavedra y Cárdenas, y al llegar a esta conclusión no violó los artículos 1698 ni 1699 del C. Civil.

Para demostrar la novación se adujeron una serie de testimonios, la mayor parte sobre palabras o conversaciones, no sobre hechos. El Tribunal estimó que con tales testimonios no se comprobaba el fenómeno de la novación y la Corte observa que aunque los testigos hubieran declarado sobre hechos directos y concretos, la novación no estaría acreditada, porque además de la improcedencia de este medio probatorio con ese fin, tampoco cabría ante el artículo 92 de la Ley 153 de 1887. No violó por lo tanto el Tribunal los artículos que sobre el valor de la prueba testimonial y relacionados con los que regulan la novación, cita el recurrente en su demanda.

El recurrente sostiene que el demandado Cárdenas confesó que la novación se había verificado y que el Tribunal al no dar por demostrada la novación con esa prueba, violó los textos legales que se refieren al mérito probatorio de la confesión judicial. Mas de las posiciones del demandado, como lo observa el Tribunal, lo único que se deduce es que éste manifestó que cancelaría la hipoteca si la señora de Franco le pagaba el valor del crédito, y esta aseveración no constituye novación. A lo más podría decirse que hubo una diputación para el pago hecha por el deudor Saavedra y de la cual tenía conocimiento Cárdenas, pero es sabido que la mera diputación para el pago no constituye novación, artículo 1691 del C. Civil.

No hubo por otra parte violación de los artículos 1618 y 1624 del C. Civil, por cuanto no estando establecido que se verificó la novación, por lo ya expresado, el Tribunal no pudo infringir esos textos legales toda vez que no se comprobó la existencia de un contrato sobre novación y de ahí que ni el elemento intencional ni la interpretación de cláusulas ambiguas, que debe hacerse a favor del deudor, hubieran sido factores que el Tribunal hubiera pasado por alto puesto que no está establecida la existencia de tales cláusulas.

Por último observa la Corte que habiendo fallado el Tribunal, de acuerdo con la **causa petendi**, claramente establecida en la demanda y siendo absolutorio el fallo, éste abarcó todos los extremos de la litis, no siendo por lo tanto posible que la sentencia esté en desacuerdo con las peticiones de la demanda o que el fallador hubiera incurrido en una **extra petita** o en una máxima o mínima **petita**.

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

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

CONTRATO DE TRABAJO—AUXILIO DE CESANTIA—LEY 10 DE 1934—TRAMITACION BREVISIMA DE ESTOS JUICIOS—LA CORTE CARECE DE JURISDICCION PARA CONOCER DE ESTOS JUICIOS POR MAS QUE LA SENTENCIA RECURRIDA SE HAYA PROFERIDO EN JUICIO ORDINARIO EN CONTRA DE LA LETRA Y DEL ESPIRITU DE LA MISMA LEY

1.—La ley 10 de 1934 no puede considerarse como una simple adición o modificación a las normas que regían sobre trabajo en la anterior legislación. Su reforma principal consiste en la implantación del contrato de trabajo con empleados, esto es, la convención por medio de la cual se obligan recíprocamente el patrono y el empleado, la cual contedrá, además de las estipulaciones que acuerden los contratantes y que no contraríen la ley, las especificaciones de que aquella ley habla.

Esta no se limitó a establecer determinados derechos para los empleados particulares, sino que atendió a la creación de un estatuto jurídico que gobernara con criterio de unidad las relaciones originadas en un sector del trabajo nacional estableciendo una base de estipulaciones mínimas, pero autorizando asimismo a patronos y empleados para estipular en el contrato de trabajo todo lo que no pugne con el espíritu y texto de la ley y que guarde relación con la índole y naturaleza de la convención de trabajo. 2.—Los conflictos del trabajo a que alude la ley 10 de 1934 son los que se originen en la interpretación y cobro de las obligaciones estipuladas en los contratos de trabajo celebrados entre patronos y empleados particulares, esto es, sobre todo lo que sea de la naturaleza propia de estas convenciones, que no contraríe los mandatos de la ley y que los contratantes hayan estipulado para gobernar sus relaciones recíprocas. Así lo dice también el Decreto reglamentario de esa ley, número 652 de 1935, en su artículo 33. Es ilegal el concepto del Tribunal de Bogotá según el cual el procedimiento breve señalado por el artículo 18 de esa ley no es aplicable sino a controversias suscitadas en demandas para reclamar alguno de los derechos taxativamente enumerados en la ley 10, en forma que no pueden acumularse en una misma demanda solicitudes sobre auxilio de cesantía y descanso dominical o viáticos porque para lo primero sólo es conducente el procedimiento verbal y solamente lo es para lo demás el juicio ordinario. Lo acertado en este caso es averiguar, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de trabajo, si la controversia proviene directamente de ese contrato para aplicar el procedimiento indispensablemente señalado por la ley. No hizo otra cosa el Tribunal que complicar y enredar la justicia sin tener en cuenta los fines de la ley que fueron los de crear un procedimiento rápido para la decisión de juicios de esta naturaleza. La interpretación de la Corte tiene su apoyo y plena confirmación y respaldo en los términos del art. 1º de la ley 45 de 1939. La adopción de trámites breves en estos juicios es cosa indispensable e imperativa. Las leyes que fijan el juicio en cada caso son leyes de orden público, no susceptibles de variaciones, ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. El procedimiento contrario, seguido en este juicio, afecta de nulidad la actuación. — 3.—Proferido el fallo en procedimiento distinto del autorizado por la ley, no es susceptible del recurso de casación, según doctrina constante de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo de demanda fechado el 5 de febrero de 1935 que correspondió en repartimiento al Juzgado 6º del Circuito de Bogotá, Pedro Bohigas y Canadell, "en ejercicio del derecho que reconoce la ley 10 de 1934 y mediante la tramitación señalada en el Título XLVI del Libro II de la ley 105 de 1931", demandó a Antonia Pujol Mateu, como dueña en Colombia de los negocios comerciales establecidos bajo el nombre de Hija de Joaquín Pujol, para que se le condenara a pagarle un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio prestado a la casa comercial desde 1906 hasta 1934, a razón de $ 350.00 mensuales, como empleado al servicio de la casa en diversos lugares; el valor del viaje de Bogotá a Barcelona, del actor y su familia, en pasajes de primera clase, justipreciados pericialmente; el valor de quince días de vacaciones remuneradas, y las costas del juicio.

Se funda la acción en los siguientes hechos, sintéticamente expresados:

El demandante fue empleado de la casa comercial "Hija de Joaquín Pujol", de propiedad de la demandada, y como tal le prestó sus servicios desde el año de 1906, unas veces en España, otras en Italia y durante algún tiempo en Colombia, donde organizó los negocios y fue representante de la firma, distinguiéndose siempre en el desempeño de sus funciones por su laboriosidad y honradez. En el año de 1928, el 31 de diciembre, celebró el demandante Bohigas y Canadell con su demandada un contrato de trabajo en que se estipularon las funciones que debía desempeñar, la duración del contrato, retribución del empleado, derecho a vacaciones remuneradas anualmente, obligación de Hija de Joaquín Pujol de pagar los gastos de viaje del empleado y su familia de Barcelona a Bogotá y regreso a la primera ciudad a la terminación del contrato, y otras estipulaciones. De acuerdo con este contrato prestó el actor sus servicios hasta fines de 1934, en que le fue retirada la representación de la casa y en que obtuvo su finiquito expedido por el apoderado de la firma Jaime Durall Pujol. En vista del despido, el actor reclamó a la casa comercial de que había sido empleado el auxilio de cesantía a que le da derecho el ordinal c) del artículo 14 de la ley 10 de 1934, y habiéndosele negado el reconocimiento de este derecho, ha recurrido a la vía judicial para obtener su pago, lo mismo que el de las demás prestaciones según las estipulaciones del contrato de trabajo, aducido con la demanda, y de acuerdo con lo dispuesto en la ley 10 de 1934, y su decreto reglamentario citados como fundamento de derecho.

Admitida la demanda por el Juzgado del conocimiento en auto del 11 de febrero de 1935, en esa misma providencia, sin expresar ninguna razón, se dispuso que se sustanciara por la vía ordinaria. El apoderado del actor, con ocasión del incidente exceptivo, reclamó contra la decisión del Juzgado que impuso la tramitación ordinaria para el procedimiento, sin ningún resultado, porque se le contestó que el auto en que tal determinación se había adoptado estaba ya ejecutoriado y era ley del proceso. Más adelante dijo el Juzgado que la adopción de tal procedimiento era consecuencia de las "diversas condenaciones que se piden en la demanda". Impulsado el juicio por esta vía legal, finalizó su primera instancia la sentencia del Juzgado del Circuito, de fecha 15 de abril de 1937, en que se resolvió:

"1º Condenar a la señora Antonia Pujol Mateu a pagar al señor Pedro Bohigas Canadell, seis días después de la ejecutoria de este fallo, el valor de quince días de vacaciones por servicios de trabajo prestados por éste a ella en los negocios comerciales que tiene establecidos en Colombia bajo el nombre de Hija de

Joaquín Pujol, valor que es la suma de ciento setenta y cinco pesos m. c.

"2º Condenar a la misma señora a pagar a Pedro Bohigas y Canadell, seis días después de ejecutoriado este fallo, el auxilio de cesantía correspondiente a los servicios prestados por éste a aquélla en los negocios comerciales que tiene establecidos en Colombia bajo el nombre de Hija de Joaquín Pujol, en los años de 1929 a 1934, o sea la cantidad de trescientos cincuenta pesos m. c. por cada uno de dichos años de servicio, o sea, en total la cantidad de dos mil cien pesos;

"3º Condenar a la misma señora Antonia Pujol Mateu, a pagar al mismo señor Pedro Bohigas y Canadell, los gastos de viaje de éste, su esposa e hijos, de Bogotá a Barcelona, valor o suma ésta que se determinará en la forma preceptuada en el artículo 553 del C. J.;

"4º Absolver a la demandada de los demás cargos de la demanda.

"No hay lugar a condenación en costas".

Ambas partes se alzaron contra esta sentencia para ante el Tribunal Superior del Distrito, el cual falló el segundo grado del pleito en sentencia de fecha 16 de diciembre de 1938, en la que se reformó la del Juzgado, así:

"1º Condénase a la señora Antonia Pujol Mateu a pagar al señor Pedro Bohigas y Canadell, los gastos de viaje de éste, su esposa e hijos de Bogotá a Barcelona (España), valor que se determinará en la forma preceptuada en el artículo 553 del Código Judicial.

"2º Revócanse los numerales 1º y 2º de la sentencia apelada.

"3º No es el caso de hacer declaración alguna en este juicio en relación con la petición primera de la demanda; por tanto, le quedan al actor a salvo las acciones que crea le competen deducibles en juicio distinto.

"4º Absuélvese a la parte demandada del pago de quince días de vacaciones remuneradas.

"5º Queda en estos términos reformada la sentencia apelada.

"Sin costas en ninguna de las dos instancias".

Las razones en que apoya el Tribunal su sentencia reformatoria se refieren a la conducencia de la vía procedimental del juicio ordinario para debatir y declarar los derechos concedidos por la ley 10 de 1934, y son, en síntesis, las siguientes: El Juez del primer grado, como ya se vio, ordenó sustanciar esta demanda por los trámites correspondientes al juicio ordinario, y esta vía es inconducente para reclamar el derecho de cesantía que consagra la ley 10 de 1934, según en ella misma se determina perentoriamente. En el artículo 18 de este estatuto se dispone que mientras se establece una jurisdicción especial para la solución de los conflictos del trabajo que puedan originarse con motivo de la aplicación de sus disposiciones, las controversias que surjan se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el título 46 del libro 2 de la ley 105 de 1931. Este procedimiento verbal es obligatorio e indispensable para pedir la efectividad de los derechos que estableció la ley 10 como el auxilio de cesantía, pero sólo para ellos, y de ningún modo para obtener el cumplimiento de prestaciones que se originan en fuentes distintas del texto de esa ley. Habiéndose en este caso pretermitido el procedimiento verbal para lo relacionado con el auxilio de cesantía, y no siendo esta pretermisión legalmente posible porque las leyes procedimentales son de orden público y porque el juicio ordinario no es conducente sino cuando la ley no establece trámites especiales, resulta que es ilegal la condena al pago de la cesantía hecha por el Juzgado. Y no obsta para esta conclusión la circunstancia de la ejecutoria del auto en que se ordenó el seguimiento del juicio ordinario, porque el error en que incurriera el Juez no obliga al Tribunal y menos en tratándose de procedimiento judicial, que por ser de orden público está al margen de la voluntad para escoger uno u otro cuando la ley no lo autoriza.

No son acumulables, pues, al tenor del artículo 209 del C. J., por razón de procedimientos distintos, la acción para demandar el auxilio de cesantía y las otras que se originan en estipulación contractual. "En sentir del Tribunal, se pueden demandar por la vía ordinaria y así lo ha dispuesto esta Sala en diferentes fallos, algunos de los derechos consagrados por la ley 10ª de 1934, tales como el valor de las vacaciones y las horas extras de trabajo, y para los cuales derechos la ley no señaló precisamente el procedimiento verbal. Ahora bien; habiéndose señalado por el legislador el procedimiento verbal para reclamar el derecho de cesantía, si a la demanda se le da una tramitación distinta como sucedió en este negocio, se desquiciarían los principios procesales ya analizados y aún se llegaría al caso anormal de violación directa de la ley, pues el artículo 1213 del Código Judicial estatuye lo siguiente: "El fallo de un Tribunal en juicio verbal no está sujeto al recurso de casación".

"Finalmente el Tribunal considera que un fallo dictado sin el lleno de las reglas procesales adecuadas, es contrario al principio constitucional de que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio (inc. 2º, art. 22 de la C. N.).

"De suerte, pues, que si en este proceso se le ha dado una tramitación a la demanda de cesantía contraria al propio libelo y a la ley, de que no puede cambiarse a voluntad del Juez o de las partes el procedimiento, es lógico concluír que el fallo apelado en cuanto a la condena que se hizo por el pago de la cesantía no puede subsistir y debe revocarse, dejando a salvo el derecho del demandante para reclamarlo conforme a la ley.

"Pero como en la demanda que se ordenó tramitar como ordinaria el actor solicitó que se condenara a la demandada Antonia Pujol a pagarle todos los gastos de viaje desde Bogotá hasta Barcelona, para él, su esposa e hijos; y el valor de quince días de asueto con sueldo, o sea el valor en dinero correspondiente a quince días de vacaciones remuneradas, como la demanda de estos derechos sí puede tramitarse por la vía ordinaria, el Tribunal avoca su estudio por considerar que en esta parte la demanda está bien tramitada y se acomoda al procedimiento ordinario..."

La restante fundamentación del fallo carece de importancia para la decisión que ha de pronunciar la Corte.

La sentencia definitiva proferida por el Tribunal ha sido acusada en casación por ambas partes litigantes. El recurrente-demandante funda su demanda en el motivo primero del artículo 520 del C. J., por violación directa, indebida aplicación e interpretación errónea de la ley sustantiva; en el segundo, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y en el séptimo, esto es, por haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo.

El recurrente demandado, por su parte, funda su recurso en el primero de los motivos legales de casación, por quebrantamiento de ley sustantiva como consecuencia de errónea apreciación de la prueba, en el sexto de los motivos que señala el citado artículo 520, por haberse incurrido en la primera de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J., es decir, por incompetencia de jurisdicción, porque ni el Juez Civil del Circuito de Bogotá, que falló el primer grado, ni el Tribunal Superior de esta misma capital que dictó la sentencia de segunda instancia, eran competentes para conocer de este litigio en razón del domicilio de la demandada.

Las especiales circunstancias y modalidades que presenta este negocio judicial, no dan lugar, sin embargo, a la consideración y estudio de las cuestiones formuladas en los cargos contra la sentencia como generalmente ocurre en la dilucidación de los problemas planteados

en casación, porque por encima de ellas, con prevalencia de consideración, se impone el punto relacionado con la jurisdicción de la Corte, con su competencia para decidir la materia del recurso. Esta cuestión jurisdiccional que requiere indispensablemente una decisión previa, lleva a la Sala a enfocar este aspecto concreto del proceso, **no planteado por ninguno** de los recurrentes y en cuyo análisis hay un interés no simplemente formal sino de esencia.

Con anterioridad a la ley 10 de 1934 solamente existía, en materia de contratación de trabajo, la imperfecta y anticuada reglamentación contenida en el Código Civil sobre arrendamiento de servicios; fue esta ley la que vino a incorporar a la legislación positiva nacional principios más acordes con el desarrollo y el concepto de la vida social contemporánea, dando entrada a un criterio jurídico-económico de subordinación que le ha quitado el carácter de estrictamente privado que antes correspondía a las relaciones de derecho nacidas por virtud de la prestación del trabajo humano autorizando la intervención estatal en la formación y cumplimiento de las obligaciones y derechos originados en el contrato de trabajo. Este contrato, "del que vive la mayoría de los hombres —según lo ha dicho esta Sala— forma la base de la organización actual, económica e industrial, y presentado como un hecho social, tanto por su magnitud como por su trascendencia, da lugar a un derecho indiscutido hoy, o sea la intervención del Estado no sólo en la reglamentación sino hasta en la ejecución de ese contrato, lo cual pone de manifiesto que no puede considerarse como un mero contrato de derecho privado. Y esa intervención no tiene lugar, por un concepto meramente particular, de protección al obrero, porque también protege al industrial y al patrono, sino por un concepto de interés social, porque la sociedad está interesada no sólo en lo que atañe a la producción, sino en lo que se refiere a los conceptos de salubridad, moralidad, higiene y de justicia social que ampare a todos". (G. J., T. XLIII, pág. 622).

La ley 10 de 1934, inspirada en un criterio jurídico fundamentalmente distinto del que inspiró las disposiciones atinentes del Código Civil y contentiva de reglas más justas para gobernar las relaciones del trabajo, que deben entenderse incorporadas en todo contrato que sobre la materia se celebre, no puede considerarse como una simple adición o modificación a las normas que regían sobre trabajo en la anterior legislación. Su reforma principal consiste en la implantación del contrato de trabajo con empleados, esto es, la convención por medio de la cual se obligan recíprocamente el patrono y el empleado, la cual contedrá, además de las estipulaciones que acuerden los contratantes y que no contraríen la ley, las especificaciones del trabajo a que se obligue el empleado, cuantía de la remuneración, forma y período de pago, duración del contrato, causas de caducidad durante su vigencia, etc., es decir, el régimen jurídico que gobierna las relaciones entre empleadores y empleados particulares. La ley citada, pues, no se limitó a establecer determinados derechos para los empleados particulares, sino que atendió a la creación de un estatuto jurídico que gobernara con criterio de unidad las relaciones originadas en un sector del trabajo nacional estableciendo una base de estipulaciones mínimas, pero autorizando asimismo a patronos y empleados para estipular en el contrato de trabajo todo lo que no pugne con el espíritu y texto de la ley y que guarde relación con la índole y naturaleza de la convención de trabajo.

El artículo 18 de la ley en mención ordenó que "mientras se establece una jurisdicción especial para la solución de los conflictos del trabajo que puedan originarse con motivo de la aplicación de las disposiciones de la presente ley, dichas controversias se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en

el Título 46 del Libro II de la ley 105 de 1931. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten en ese respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional".

¿A qué conflictos del trabajo se hace referencia en la ley para someter obligatoriamente su decisión al procedimiento del Título 46 del C. J.?

Sin duda ninguna a los que se originen en la interpretación y cobro de las obligaciones estipuladas en los contratos de trabajo celebrados entre patrones y empleados particulares, esto es, sobre todo lo que sea de la naturaleza propia de estas convenciones, que no contraríe los mandatos de la ley y que los contratantes hayan estipulado para gobernar sus relaciones recíprocas. Así lo dice más claramente que la ley su Decreto reglamentario número 652 de 1935 en su artículo 33, que reza:

"Las controversias que se susciten por causa del contrato de trabajo que se reglamenta por el presente decreto se tramitarán en papel común mediante el procedimiento verbal establecido por el título 46 del libro 2 del Código Judicial vigente, y el Juez las fallará en conciencia y con conocimiento de causa. La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial".

Ningún fundamento legal puede darse a la interpretación que sobre este particular contiene la sentencia del Tribunal, acorde con anteriores decisiones según allí mismo se advierte, y según la cual el procedimiento breve señalado por el artículo 18 de la ley 10 de 1934 no es aplicable sino a controversias suscitadas en demandas para reclamar alguno de los derechos taxativamente enumerados en la ley 10, en forma que no pueden acumularse en una misma demanda solicitudes sobre auxilio de cesantía y descanso dominical o viáticos porque para lo primero sólo es conducente el procedimiento verbal y solamente lo es para lo demás el juicio ordinario. Se rompe así arbitrariamente la unidad contractual originaria de las diversas prestaciones suplicadas en la demanda como obligaciones de conexidad inseparable contra los fines y la letra de la ley.

Dentro del criterio de la unidad del contrato de trabajo como fuente jurídica de obligaciones conexas por su naturaleza propia, la determinación del procedimiento a seguir no puede ser el de indagar, en presencia de las diversas súplicas de una demanda, cuáles se refieren a derechos y prerrogativas de los enumerados en la ley 10 de 1934, y cuáles a estipulaciones contractuales aunque encajen dentro de la naturaleza del contrato de trabajo, para encaminar oficiosamente, como se ha hecho en este caso, unas por los trámites de un juicio y otras por los de otro. Lo acertado legalmente es averiguar, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de trabajo, si la controversia proviene directamente de ese contrato para aplicar el procedimiento indispensablemente señalado por la ley.

Mientras toma cuerpo la iniciativa, en marcha ya, de establecer una jurisdicción especial para los conflictos del trabajo, que los liberte de la lentitud y dificultades del procedimiento civil ordinario, ha dispuesto la ley que tales querellas se decidan por los trámites sencillos y rápidos del título 46 del C. J. Esta indudable intención del legislador de aligerar y facilitar la justicia en esta clase de controversias resulta contrariada y deformada en la tesis del Tribunal, que al romper ilegalmente la continencia de la causa fragmentando la demanda para someterla a tratamientos jurisdiccionales diferentes, en vez de simplificar la administración de justicia la complica y enreda, y en vez de hacerla breve y barata, pues a tal finalidad proveyó autorizando el uso del papel común, la encarece y alarga con la multiplicación de los juicios. Todo esto pugna con las nociones y principios de la economía jurídica que explica los fenómenos de la acumulación de acciones y de autos.

Esta interpretación, destinada a sal-

var el espíritu y objetivo de la ley 10, tiene su plena confirmación y respaldo en los términos del artículo 1º de la ley 45 de 1939, disposición aclarativa que obedeció indudablemente a remediar las irregularidades a que estaba dando lugar la errada interpretación de los Tribunales a que se ha hecho referencia, y por la cual se establece un procedimiento especial en las controversias que se susciten sobre algunas leyes de carácter social, con el objeto evidente de abreviar y unificar el procedimiento imponiendo el señalado en el Título XLVI del C. J., y que dice:

"Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del libro segundo (II) de la ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional. La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del código judicial vigente".

Determinado qué clase de controversias son las que pueden y deben indispensablemente ser materia de procedimiento verbal a que se refiere el artículo 18 de la ley 10 de 1934, falta solamente advertir que la adopción de tales trámites es cosa indispensable e imperativa, no sujeta a la voluntad particular. El procedimiento civil regula el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles por medio de juicios, que son los distintos procedimientos sistematizados que por razón de la naturaleza de los negocios establece la ley (artículo 194, C. J.) Es la naturaleza del asunto lo que determina el procedimiento conducente, nó la voluntad de las partes en controversia. Las leyes que fijan el juicio en cada caso son leyes de orden público, no susceptibles de variaciones, ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. De ahí por qué la equivocación en que se incurra en la escogencia de la vía procedimental afecte de invalidez la actuación irremediablemente. El procedimiento mal elegido es siempre camino legalmente inconducente, y la providencia que se profiera, aunque tenga, como en este caso, la condición formal de sentencia en juicio ordinario, no es tal en realidad por ser la culminación de un procedimiento ilegal. La controversia que Pedro Bohigas y Canadell planteó en su demanda no podía ser sometida a procedimiento distinto del señalado en el Título XLVI del C. J., y la circunstancia de haberse enderezado equivocadamente por el Juzgado contra la expresa voluntad del actor no sanea la actuación dándole una naturaleza procedimental que no le corresponde. El juicio ordinario, que en la antigua ley de procedimiento civil era una posibilidad abierta a todas las querellas judiciales, no es conducente ahora sino para ventilar y decidir las controversias para las cuales la ley no dispone que se observen trámites especiales o autorice procedimientos sumarios.

"En efecto, la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el Juez como las partes puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal o para, consensualmente, acordar lo contrario a una regla dispositiva procesal; v. g., prorrogar un término no perentorio". (G. J., T. 43, pág. 627).

Por disposición expresa del artículo

1213 del C. J., los fallos que profiera un Tribunal en el juicio verbal que ha debido seguirse en este caso no están sujetos al recurso de casación. La admisibilidad del recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma, y en la solución de este punto va envuelta, como lo ha dicho esta Sala, una cuestión de jurisdicción, puesto que al tenor de la disposición contenida en el artículo 148 del C. J. usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin haberla adquirido legalmente. Este principio de que la simple tramitación equivocada no desnaturaliza la índole legal de la sentencia para los efectos del recurso de casación, ha sido norma de doctrina de esta Sala; en fallo de 24 de junio de 1938 se dijo que aun cuando el juicio especial de separación de bienes se haya tramitado como ordinario, la sentencia en él proferida no es susceptible del recurso de casación. En sentencia de 23 de septiembre de 1937 (G. J., T. XLV, pág. 747), se dijo: "Y no porque el Tribunal acogiese en la apelación las normas procesales peculiares del juicio ordinario, la acción de especial conviértese en ordinaria, en fuerza de que lo que caracteriza la acción adjetivamente considerada no es el procedimiento que arbitrariamente se le asigne, sino lo que ella es en realidad, o sea la naturaleza del derecho ejercitado y las formas que el código de la materia adopte para discutir dicho derecho. Por ende, el fallo recurrido, no correspondiendo a una acción que tenga señalado el procedimiento del juicio ordinario, sino el de juicio especial, está fuera del alcance del recurso de casación, a que se le quiere someter".

No es difícil explicarse y justificar que el estudio y decisión de la cuestión jurisdiccional en que apoya la Corte este fallo no se haya considerado en el trámite, más oportuno y adecuado para el efecto, de la admisibilidad del recurso interpuesto, si se piensa que este punto, básico para cualquier resolución, ha venido al conocimiento de la Corte en forma de tesis defendida por el Tribunal en su sentencia, de tal modo que su consideración no podía hacerse en realidad sino al estudiar y analizar los fundamentos mismos del fallo acusado que es lo que ha venido a revelar el problema de la conducencia y procedencia de la vía procedimental dentro de la organización judicial, vinculado al orden público que domina los intereses privados y es superior a ellos.

Lo expuesto conduce a que 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, resuelva:

No es susceptible de ser considerada en casación, por falta de jurisdicción de la Corte, la resolución judicial de fecha 16 de diciembre de 1938, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio seguido por Pedro Bohigas y Canadell contra Antonia Pujol Mateu sobre prestaciones originadas en un contrato de trabajo.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez— Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE DECLARACION NEGATORIA DE UNA SERVIDUMBRE -- INCONGRUENCIA — INTERPRETACION DE LA DEMANDA—SERVIDUMBRE DE ALBAÑAL

1. Cuando la sentencia es absolutoria no procede el cargo de incongruencia. — 2. En ocasiones puede y aun debe el juzgador interpretar la demanda para evitar que el derecho sea sacrificado a la fórmula; pero en esa senda no le es dado llegar a cambiar las bases señaladas a la litis por el libelo y a trocar el litigio efectivo en otro imaginario. Cuando ocurren dudas sobre la demanda, acerca de lo cual suele haber controversia en las instancias y con más frecuencia en la casación, ello da lugar al consiguiente cargo de error y, con fundamento en él o por esta vía, al de violación de tales o cuales disposiciones sustantivas que en casación deben indicarse como manda el artículo 531 del C. J. - 3. La prohibición del artículo 891 del Código Civil se formula como consecuencia del establecimiento de la servidumbre; de ahí que el artículo esté redactado en esta forma: después de reconocer en su inciso 1º que el predio inferior está sujeto a recibir las aguas que del superior descienden naturalmente, agrega en frase explicativa "es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello"; viene en seguida el inciso 2º contentivo de dicha prohibición, concebido en estos términos: "No se puede, por consiguiente, dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituido esta servidumbre especial". Después el inciso 3º establece cómo, en general, no se puede hacer cosa alguna que en el predio sirviente estorbe o en el dominante grave esa servidumbre.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio tres de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Los consortes Ricardo Londoño Mejía y Lelia Arango Echeverri demandaron al Municipio de Manizales en vía ordinaria a fin de que se declarase que la finca de ellos denominada Guamal, de esa ubicación, no debe servidumbre de albañales ni desagües artificiales a los barrios Vélez y Versalles de esa ciudad y que el Municipio está obligado a suspender el ejercicio de estas servidumbres sobre ese predio o, si esto no es posible, a pagar a los actores el valor de esa servidumbre y de los perjuicios que se les causen en el futuro. Pidieron también indemnización de los ya causados, y defirieron para el valor de unos y otros y el de la servidumbre a lo que se estableciera en el juicio o se fijara por peritos. Tal la intención o parte petitoria de su libelo.

Seguida la causa en el Juzgado 2º de ese Circuito, se decidió allí en sentencia de 25 de marzo de 1938 en que, a pretexto de no estar acreditado el dominio de los actores sobre dicho fundo por no haberse complementado sus escrituras públicas de adquisición con certificado del registrador que estableciese su vigencia, se esquivó el estudio de fondo y acogiéndose la excepción respectiva se absolvió al demandado.

El apoderado de los demandantes apeló de esta sentencia y el Tribunal Superior de allí la confirmó en la de 24 de julio de 1939, en cuanto a la absolución dicha y dijo revocarla en lo tocante a las excepciones. Los motivos se resumen así: los hechos aducidos como fundamentales indican que el demandante plantea como materia exclusiva del litigio el que

las alcantarillas o albañales de dichos barrios situados en las vertientes de las quebradas o arroyos de El Cementerio y de Belén desembocan o desaguan a estos arroyos y envenenan o infectan sus aguas, de las que los demandantes usan como riberanos para abrevar sus animales y para los demás menesteres domésticos de su predio, atravesado por aquéllas. Deduce el Tribunal que la queja de los demandantes versa sobre el uso que el Municipio hace así de esas aguas y no proviene de que haya él construído y tenga funcionando una acequia o alcantarilla que antes de su llegada al lecho de esas corrientes ocupe aquel fundo. Sobre este pie halla sin cabida la súplica de declaración negatoria de servidumbre, pues en concepto del Tribunal, esto no se compagina o no corresponde con algo atañedero sólo al uso de las aguas.

Estima que la demanda, en lo relativo a esa declaración, que es su objetivo cardinal, es inoperante por tratarse de aguas que no naciendo ni muriendo dentro del predio de los actores, son bienes del Estado, de uso público, conforme al artículo 667 del C. Civil, y porque el uso de las aguas de dominio público a que tienen derecho los riberanos según los artículos 892 y 893 de ese Código, no es lo que entiende por servidumbre el artículo 879 del mismo, o sea, un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.

Insistiendo en que la queja es sobre el uso, anota que la petición procedente habría sido, por ejemplo, la de que se declare que el Municipio no tiene derecho a él en forma de desembocar en las quebradas las alcantarillas de esos barrios, puesto que en el fondo lo que hay es una colisión entre el uso que el Municipio hace de esas aguas y el que hacen o venían haciendo los actores. Por tanto, al pedirse una declaración negatoria de servidumbre, se ha demandado indebidamente.

Al encontrar esta excepción, la acogió invocando el artículo 343 del C. J. y por lo mismo halló improcedente la solicitud principal y, con ella, las demás de la demanda, las que sólo como consecuencia de aquélla habrían tenido cabida y podido prosperar.

Contra ese fallo la parte actora interpuso casación, recurso que tramitado debidamente debe ya decidirse.

Los cargos que se formulan dentro del artículo 520 del C. J. son en resumen: no estar el fallo en consonancia con las pretensiones de las partes y violar disposiciones sustantivas, por interpretación errónea y por aplicación indebida. Aduce, pues, los motivos 1º y 2º de ese artículo 520.

Como la sentencia absuelve al demandado de los cargos de la demanda, no puede decirse que dejara de resolver algo de lo que ésta puso sub judice o que decidiera sobre algo ajeno al litigio o que al conceder se excediera de lo demandado. Así, pues, el cargo relacionado con el motivo 2º no es aceptable. Apenas habrá para qué advertir que la discrepancia entre la sentencia y las pretensiones de una de las partes o de ambas es cosa muy distinta de lo que constituye, en su caso, ese motivo de casación.

Dentro del motivo 1: los cargos de violación de disposiciones sustantivas, todas del C. Civil, son éstos:

a) Infracción directa del artículo 891 que establece como servidumbre natural la sujeción del predio inferior a recibir las aguas que descienden naturalmente del superior, que contiene la prohibición de dirigir albañal o acequia sobre el predio vecino sin haberse constituído esta servidumbre especial, y que en su último inciso prohíbe hacer obra que en el predio sirviente estorbe o en el dominante grave aquella servidumbre.

El recurrente advierte que no se ha constituído servidumbre especial que autorice al Municipio para dirigir los albañales de sus referidos barrios sobre el predio de los demandantes, por lo cual es obvia y natural la aplicación de ese artículo 891 al caso del pleito, para prohibirlos, sin que valga decir que, por ser las aguas de esos arroyos no de los actores sino de la Nación, falta un elemento

indispensable para una servidumbre, cual es el predio sirviente; y agrega que aunque no hubiera los elementos que técnicamente se necesitan ante la definición de servidumbre, ello es que ese artículo requiere servidumbre especial para que se dirija albañal o acequia sobre el predio vecino y que sus mandantes no han constituído sobre su fundo este gravamen.

b) Aplicación indebida del artículo 892, porque, a más de no estar demostrado que el Municipio sea riberano de los mencionados arroyos, la potestad que, en siéndolo, tendría por virtud de este artículo es algo muy distinto de la de emponzoñar las aguas o impedir así el ejercicio del derecho de uso que el mismo confiere a los demás riberanos.

c) Interpretación errónea de los artículos 892 y 893, consistente en que el derecho de tomar las aguas para un pueblo vecino y el de usarlas para menesteres domésticos, movimiento de máquinas, etc., que es lo concedido por estas disposiciones, no puede abarcar algo tan contrario a la higiene pública como es envenenar las aguas.

El Procurador General de la Nación encuentra inaceptables, a más del referido motivo 2º, estos otros cargos, así:

Del relativo al artículo 891 dice "nada tan fuera de lugar", porque establece el gravamen de recibir las aguas que descienden naturalmente; de modo que es para que no se estorbe ni impida ese descenso natural para lo que la ley prohíbe al dueño del predio inferior dirigir albañal o acequia sobre el predio vecino. Y añade que esta disposición mira a un estado jurídico distinto y aun extraño al que ha sido materia de este juicio, cuya demanda se encamina a que se declare la inexistencia de la servidumbre de albañales y desagües artificiales en beneficio del Municipio y a cargo del predio de los demandantes, lo que basta para comprender qué nada tiene que ver con ello el precepto que consagra en favor del predio superior el derecho a que las aguas que de él descienden naturalmente sean recibidas de la misma manera por el predio inferior. Confunde el recurrente los albañales que dice dirigidos por el Municipio con los que los demandantes no podrían dirigir sobre un predio vecino para impedir o estorbar el descenso natural de las aguas.

Cuanto a los artículos 892 y 893, dice el Procurador que la sentencia no ha podido violarlos, por la decisiva razón de que se ha limitado a negar la declaración pedida por los demandantes y esto es muy distinto de conceder derechos al demandado; de donde deduce como opositor la improcedencia de cargos que lógicamente requerirían como punto de partida que al Municipio le hubiese concedido el fallo derechos de riberano sobre las aguas, ya para el uso de que habla el artículo 892, ya para tomarlas como indica el 893 en su numeral 3º. Si, pues, es errónea la interpretación de que el Tribunal haya reconocido al Municipio, con base en estos artículos, el derecho de llevar a los mencionados arroyos el agua de sus alcantarillas, porque la sentencia no contiene tal reconocimiento, salta a la vista, según el Procurador, la improcedencia de este otro cargo.

La Corte considera:

De lo que se trata en realidad es de si el Municipio tiene el derecho que está ejercitando de verter los referidos desagües en dichos cauces, y no de la existencia o inexistencia de una servidumbre, y esto último es lo demandado.

Ante esta disparidad entre los hechos fundamentales y la queja que de ellos pudiera haber surgido, de un lado, y la que se formuló o planteó, de otro, ocurre pensar si tal discrepancia determina impedimento para que el juzgador éntre a considerar aquel problema. En otras palabras: los actores aspiran a que dichas aguas se libren de la contaminación impuesta por los desagües del Municipio y a que éste les indemnice los perjuicios ya causados por ella y les pague el daño que les representa la continuación de esa situación, en el evento de imposibilidad de hacerla cesar.

Es evidente que, salvando excepciona-

los circunstancias de aprovechamiento de los detritus como abono, las cloacas al verterse sobre una corriente, así sea un río y no un simple arroyo o arroyuelo, perjudican determinando su impotabilidad. Si por ejemplo alguien tiene un hato en su finca en época en que se supongan puras las aguas que la bañan o atraviesan, cuando éstas se alteran por los albañales de población vecina las circunstancias son por esto tan diferentes que el negocio cesa, ya porque espontáneamente lo suprime de allí, ya porque la autoridad se lo suspende, en fuerza de motivos de higiene que saltan a la vista.

Pero éste no es el problema planteado en este pleito, ni esa la consecuencial petición de la demanda, ni la forma como el libelo señala el terreno de la controversia y el camino de su posible defensa al demandado. De donde se deduce que si el juzgador tomara el litigio como esbozan el caso los párrafos precedentes, resultaría, caso de condena, formulándola, con quebranto de preceptos constitucionales y determinantes disposiciones legales, sin que el reo hubiera sido oído y vencido.

En ocasiones puede y aun debe el sentenciador interpretar la demanda para evitar que el derecho sea sacrificado a la fórmula; pero en esa senda no les es dado llegar a cambiar las bases señaladas a la litis por el libelo y a trocar el litigio efectivo en otro imaginario. Cuando ocurren dudas sobre la demanda, acerca de lo cual suele haber controversia en las instancias y con más frecuencia en la casación, ello da lugar al consiguiente cargo de error y, con fundamento en él o por esta vía, al de violación de tales o cuales disposiciones sustantivas que en casación deben indicarse como manda el artículo 531 del C. J. En el presente recurso ese cargo no se ha formulado. Ni era de esperarse que el abogado recurrente lo formulara, porque con la mayor consecuencia él ha sostenido a todo lo largo del pleito que se trata de si existe o no una servidumbre, problema muy distinto del atañedero a si el Municipio puede o no usar las aguas mencionadas y, caso afirmativo, cuál puede ser y hasta dónde se extiende ese derecho de uso.

Así las cosas, enmarcada la controversia en esa forma y encaminada precisamente por el actor a obtener la declaración negativa antedicha sobre servidumbre, procede analizar, dentro de este concepto y con ese punto de partida, las citadas disposiciones del Código Civil que el recurrente estima violadas por el Tribunal por las razones ya resumidas aquí.

Sea que la prohibición de dirigir albañal o acequia sobre el predio vecino formulada por el artículo 891 se refiera sólo al predio inferior, como el Procurador indica, a fin de que no impida así el descenso natural, sea también para el predio superior a fin de que no determine o procure el descenso en forma distinta de la meramente natural tomada como base por esta disposición para reconocer la servidumbre en ella misma declarada, ello es que no cabe entender que el Tribunal la haya violado por negarse a declarar lo que los demandantes piden sobre inexistencia de la servidumbre que afirman haberles impuesto el Municipio, porque éste no ha impuesto servidumbre al predio de ellos. La observación del Tribunal a este respecto es tan decisiva como sencilla: el Municipio no ha construído las alcantarillas en el predio de los demandantes y la queja de éstos no consiste en eso, sino en que por verterse en las quebradas los albañales, el agua de aquéllas ya no les sirve para abrevadero de sus animales ni para los demás menesteres de su fundo.

Claramente se ve la incongruencia entre esta situación y la reglamentada por el artículo 891 y, por tanto, la improcedencia del cargo.

Es verdad que esta disposición prohíbe, salvo convención constitutiva, dirigir albañal o acequia sobre el predio vecino; pero, aparte de que en el presente caso el albañal no está dirigido sobre el predio de los demandantes sino sobre el cauce de los referidos arroyos, se debe considerar también que esa prohibición se

contiene en un inciso que no puede tomarse aisladamente sino en relación con el principal o cabeza de la disposición de que hace parte. Esta comienza por establecer la servidumbre referida y es mirando a su ejercicio y eficacia como en seguida prohíbe aquello; en otras palabras, la prohibición se encamina a resguardar el descenso natural consagrado en calidad de servidumbre allí mismo. La prohibición se formula como consecuencia del establecimiento de la servidumbre; de ahí que el artículo esté redactado en esta forma: después de reconocer en su inciso 1º que el predio inferior está sujeto a recibir las aguas que del superior descienden naturalmente, agrega en frase explicativa "es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello"; viene en seguida el inciso 2º contentivo de dicha prohibición, concebido en estos términos: "No se puede, **por consiguiente** (subraya la Corte), dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha construído esta servidumbre especial". Después el inciso 3º establece cómo, en general, no se puede hacer cosa alguna que en el predio sirviente estorbe o en el dominante grave esa servidumbre.

Cabría, pues, estudiar la aplicabilidad del artículo 891 si, por ejemplo, el pleito se originase en haber el Municipio construído el albañal en la tierra de los demandantes o vertido en ella los desagües, y si lo demandado fuera la cesación de tales hechos y actos. Pero queda dicho que la situación y problema planteados son muy distintos.

El Tribunal se limitó a manifestar la imposibilidad de hacer la declaración negatoria de servidumbre que piden los demandantes. Esto basta para hallar improcedente el cargo de violación del artículo 892, en la que no cabe pensar siquiera ante una sentencia que no ha dicho que el Municipio como riberano pueda hacer del agua de los arroyos referidos el uso de que habla esta disposición.

Otro tanto es de observarse sobre el cargo de violación del artículo 893, puesto que la sentencia no trata siquiera los temas de esa disposición, la que versa sobre puntos diferentes de los que son materia de este juicio.

Como las peticiones de indemnización las formula la demanda como consecuenciales de la cardinal, o sea, de la declaración negatoria antedicha, lógicamente no podía el juzgador entrar a considerarlas una vez negada ésta.

Se advierte esta circunstancia, aunque no se formula cargo especial en casación por el hecho de no haberse concedido lo demandado sobre perjuicios, porque así se explica que la Corte no estudie este otro problema ni, por tanto, si un Municipio está o no obligado a indemnizar los perjuicios que se causen con motivo de la satisfacción de ineludibles necesidades de orden general o público, como es, por ejemplo, el desagüe de las habitaciones de sus pobladores. Del propio modo no se estudia lo que pudiera calificarse de conflicto entre dos intereses, ambos de orden social a saber: el de que acaba de hablarse y el consistente en la contaminación de las aguas y del aire, vectores éstos de contagio y aun de epidemias. Este conflicto no ha sido materia de la controversia presente.

No sobra advertir que aquí el Municipio ha obrado como tál y no como dueño de un predio que invoque servidumbre sobre predio de los actores.

Ni sobra tampoco advertir que lo que el Municipio ha empleado o aprovechado para los referidos desagües ha sido el cauce de las quebradas y que esto es algo muy diferente del uso de las aguas contemplado en las disposiciones legales citadas y otras de leyes, ordenanzas y acuerdos sobre tan interesante tópico, en las que el agua es mirada en sí misma ya en relación con las necesidades personales del hombre, o para abrevar sus animales o regar sus tierras, etc., o como fuerza motriz.

En mérito de lo expuesto, la Corte Su-

prema 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 pleito el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y nueve por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Son de cargo de la parte recurrente las costas del recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE CASACION

1.—El recurso extraordinario de casación, además de que no es pertinente sino en los juicios a que se refiere el artículo 519 del C. J., debe ser propuesto en tiempo y por persona hábil. Esta habilidad comprende dos factores: el de la personería meramente adjetiva y el que atañe al interés jurídico en quien lo interpone. Ese interés puede no existir, desaparecer o hacerse imposible en su ejercicio, y en tratándose del recurso de casación, por dos motivos: 1º, porque la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente, y 2º, porque ésta haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no procede sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite. — 2.—Para que el recurso de casación pueda interponerse y sea admisible, como sucede con toda clase de recursos, es indispensable, fuera de los demás requisitos que exige la ley, que la sentencia contra la cual se interpone infiera un agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta exclusivamente en lo desfavorable al recurrente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio catorce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Para decidir sobre la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por Pedro Ignacio Uribe, María Teresa Uribe y Juan Bautista Neira contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, de fecha 2 de marzo de 1940, se considera:

Diciéndose acreedor de José Ignacio y María Teresa Uribe, y a este título con interés jurídico para iniciar la acción, Juan Bautista Neira, en libelo de demanda repartido al Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá el 31 de marzo de 1936, demandó a los dos citados Uribes y al Banco de Londres y América del Sud, para que se declare que es absolutamente nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 2276 otorgada ante el Notario 4º de Bogotá el 25 de octubre de 1930, por medio del cual Pedro Ignacio y María Teresa Uribe vendieron al Banco de Londres y América del Sud la finca de Paloquemado, en jurisdicción de Bogotá, y que, en consecuencia, el predio mencionado debe ser restituído a quienes aparecen como vendedores en el referido contrato.

Entre estas partes y con este objeto se adelantó el juicio por sus trámites legales, hasta ser sentenciado por el Juzgado del Circuito en fallo de 8 de mayo de 1937, cuya parte resolutiva dice:

"2.—Absuélvese a los demandados Pedro Ignacio Uribe, María Teresa Uribe U. y el Banco de Londres y América del Sud, sociedad con existencia legal en Colombia, de todos los cargos formulados en el libelo de demanda por el actor doctor Juan Bautista Neira.

"2.—Condénase al demandante doctor Juan Bautista Neira en las costas del juicio".

Contra esta sentencia, como era natural, solamente interpuso recurso de apelación el demandante Neira.

Surtidos los trámites del segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 2 de marzo del año que corre, decidió:

"1.—Han sido partes en este juicio así: como demandantes, el doctor Juan Bau-

tista Neira, el señor Pedro Ignacio Uribe U. y la señorita María Teresa Uribe U.; y como demandado, el Banco de Londres y América del Sud.

2.—Absuélvese al demandado de todos los cargos de la demanda.

3.—Condénase en las costas del juicio a los demandantes. Liquídese las de segunda instancia.

4.—Cancélese en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá el registro de la demanda, librando al efecto el competente oficio.

5.—Queda así reformada la sentencia apelada".

Es esta sentencia definitiva de segunda instancia la que pretenden acusar por medio del recurso de casación que han interpuesto contra ella y que el Tribunal concedió, Pedro Ignacio y María Teresa Uribe U. y Juan Bautista Neira.

Lo primero que hay que decir, para explicar el extravagante cambio que hace el Tribunal en la calidad de las partes militantes en el pleito, pasando, como si eso fuera legalmente posible, dos de los demandados a demandantes, es que esta injustificable equivocación se debió, según se explica en la misma sentencia, a que en las exposiciones orales que hicieron las partes litigantes por medio de sus apoderados en las audiencias públicas celebradas ante el Tribunal se vino a revelar que los dos demandados Uribe U. tenían los mismos puntos de vista del demandante Neira, por lo cual el apoderado de éstos habló en el terreno que correspondía a los demandantes, papel que asumió en las audiencias al demandar la nulidad del contrato a que se refiere la demanda.

"Por tanto —dice el Tribunal— es incuestionable que en este pleito no hay más demandado que el Banco de Londres y América del Sud. La demanda, por supuesto, no es otra que la presentada por el doctor Juan Bautista Neira".

Esto parece increíble, pero así está explicado y relatado en la sentencia del Tribunal.

El recurso extraordinario de casación, además de que no es pertinente sino en los juicios a que se refiere el artículo 519 del C. Judicial, debe ser propuesto en tiempo y por persona hábil; esta habilidad comprende dos factores: el de la personería meramente adjetiva y el que atañe al interés jurídico en quien lo interpone. Ahora bien: ese interés puede no existir, desaparecer o hacerse imposible en su ejercicio, y en tratándose del recurso de casación, por dos motivos: 1º, porque la sentencia del Tribunal no infiere ningún agravio al recurrente, y 2º, porque éste haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no procede sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite.

En el caso presente la sentencia absolutoria del Juzgado y la del Tribunal, no puede inferir agravio a los demandados Uribes, quienes no reclamaron el fallo de primer grado, que versó sobre lo fundamental de la litis o sea la nulidad de un contrato de compraventa, la que fue negada.

De esto resulta que si no existe interés jurídico en los Uribes, no existe la habilidad en ellos para interponer el recurso de casación, a lo que se agrega que no sería viable para ellos tal recurso, porque su situación jurídica en el proceso quedó para ellos determinada desde la sentencia de primer grado, de la que no apelaron, y que en lo tocante al contrato controvertido no fue alterada por la del Tribunal.

Es cierto que éste cambió uno de los factores de la demanda, dando por convertidos a los demandados Uribes en demandantes, pues a más de que este procedimiento, insólito y desatinado, no varió el fondo ni la esencia de la litis —nulidad de un contrato— ese cambio meramente nominal no tiene ninguna importancia ni trascendencia para el fallo de casación que habrá de dictar la Corte, por cuanto el Tribunal no acogió ninguno de los pedimentos de la demanda, ni hizo, por lo tanto, ninguna declaración contra los demandados.

La relación jurídico-procesal que determina de una vez la parte demandante y la demandada en un juicio, es susceptible de ser estudiada por la Corte, en el auto y para efecto de la admisión del recurso, porque ella se refiere y atañe a la habilidad legal de quienes lo interponen.

Ni aun en el supuesto de que pudiera tener algún efecto lo resuelto por el Tribunal en punto a posición de las partes en el litigio, sería admisible el recurso interpuesto por los Uribe U., porque en este caso la única variación que habría sufrido la sentencia de primera instancia, absolutoria del demandado, sería en lo relacionado con costas, y es bien sabido, según lo tiene reiteradamente establecido esta Sala, que la simple decisión sobre costas, desvinculada del asunto o cuestión principal del pleito como lo estaría en este caso, no puede dar base para la interposición del recurso de casación.

Para que el recurso extraordinario de casación pueda interponerse y sea admisible, como sucede con toda clase de recursos, es indispensable, fuera de los demás requisitos que exige la ley, que la sentencia contra la cual se interpone inflera un agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta exclusivamente en lo desfavorable al recurrente. En este caso la sentencia del Tribunal de Bogotá, no obstante la modificación inaceptable que contiene, según se ha dicho, es en realidad confirmatoria de la proferida por el Juzgado del Circuito en primera instancia en cuanto a lo fundamental del pleito, o sea, la nulidad de la compraventa mencionada. Y como, además, los Uribes no interpusieron recurso de alzada contra esta providencia, el fallo del Tribunal, no habiendo acogido ninguna de las peticiones de la demanda, no ha podido inferirles ningún agravio distinto del que pudiera haberles inferido la sentencia del Juzgado, consentida por ellos. De esta manera, carecen de todo interés jurídico para recurrir y, por tanto, de la habilidad indispensable según el artículo 523 del C. J.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Corte declara inadmisible el recurso de casación interpuesto por los demandados Pedro Ignacio Uribe U. y María Teresa Uribe U., y solamente admite el interpuesto por el demandante Juan Bautista Neira contra la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá el 2 de marzo del año que corre, el cual, en consecuencia, seguirá su tramitación legal.

Notifíquese.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Fulgencio Lequerica Vélez—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO.—POSICIONES.

I.—Yerra de derecho el sentenciador que aprecia las posiciones redactadas en forma distinta de como lo ordena el artículo 612 del Código Judicial. Este artículo es de carácter sustantivo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio catorce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Antecedentes

Conviene rememorar los antecedentes de este litigio, para la mejor inteligencia del punto jurídico sometido hoy a la decisión de la Sala de Casación.

En 20 de abril de 1923, los cónyuges Paulino y Pacífica Leguizamón, vendieron a cada uno de sus hijos José Milcíades y Teodoro Leguizamón, unos lotes de terreno situados en la vereda de La Uvita, en jurisdicción del municipio de Soatá, por escrituras números 226 y 227, respectivamente, pasadas el mismo día ante el notario segundo de Soatá. Años después, Domingo, Florentina y Paulina Nieto L., nietos de los cónyuges Leguizamón, cedieron al señor Octavio Fuentes, por escritura número 189 de 27 de junio del año de 1936, los derechos que como a representantes de su madre Ana María Leguizamón, les pudieran caber en la sucesión de sus abuelos Paulino y Pacífica Leguizamón.

El señor Fuentes, en virtud de esa cesión, inició en agosto del año de 1936, simultáneamente, ante el Juzgado Segundo del Circuito de Soatá, dos juicios ordinarios, uno contra Teodoro Leguizamón y otro contra José Milcíades del mismo apellido, demandas ambas en las cuales se solicitó la nulidad por simulación de los respectivos contratos de venta, y en subsidio la rescisión por lesión enorme y la resolución de ellos por falta de pago del precio. Los procesos siguieron un curso simultáneo. El juicio contra Teodoro Leguizamón fue fallado, en 16 de febrero de 1938, negando las peticiones de la demanda. Este fallo apelado por el señor Fuentes, fue confirmado por el Tribunal de Santa Rosa, en 28 de marzo de 1939, e interpuesto contra él recurso de casación, la Corte, por decisión de 9 de noviembre de ese año, no infirmó la sentencia proferida por aquel Tribunal.

El juicio seguido contra José Milcíades Leguizamón, por el mismo demandante Fuentes, fue fallado favorablemente por el Juez del Circuito de Soatá, en sentencia de 20 de abril de 1937, en la cual se declaró procedente la acción de simulación del contrato contenido en la escritura número 226 de 24 de abril de 1923, por la cual Paulino y Pacífica Leguizamón vendieron a José Milcíades Leguizamón, los bienes allí especificados, y declaró: que la sucesión de Paulino y Pacífica Leguizamón, junto con la sociedad conyugal formada por éstos, eran los verdaderos y absolutos dueños de los bienes a que se refiere la mencionada escritura.

Apelado este fallo por el agraviado, el Tribunal de Santa Rosa, en 14 de febrero de 1939, confirmó la sentencia del Juzgado, reformándola en el sentido de que en vez de la nulidad absoluta pronunciada, debe declararse la inexistencia del contrato de compraventa demandado como simulado.

Admisión del recurso

Contra este proveído el señor Fuentes interpuso recurso de casación, que fue aceptado por la Corte, y corridos los traslados correspondientes a las partes recurrente y opositora, ha llegado el caso de entrar en el estudio de las causales alegadas por el demandante opositor, advirtiendo que el recurrente demandado desistió del recurso que había interpuesto, desistimiento que le fue aceptado.

Causales de casación y motivos en que se funda

El recurrente alega la primera causal de casación, por considerar que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por errónea interpretación e indebida aplicación de las disposiciones legales que en cada cargo señala y concreta. También se alegó la segunda causal de casación, consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente alegadas por los litigantes.

Por razón de método se estudia en primer lugar la segunda causal, y se rechaza de plano, porque tanto el juez como el tribunal resolvieron todas y cada una de las peticiones de la demanda declarando la simulación del contrato.

El recurrente sostiene que el Tribunal no falló la excepción perentoria de petición de un modo indebido, consistente en que se demandó a quien no estaba por sí en la obligación de contestar la demanda, puesto que ésta ha debido dirigirse no contra José Milciades Leguizamón sino contra la sociedad conyugal formada por él y su cónyuge Eduvina Niño. Esta excepción fue implícitamente fallada por el sentenciador en sentido negativo, al declarar simulado el contrato, lo que indica que el tribunal consideró bien dirigida la acción.

Seis son los cargos que le formula el recurrente a la sentencia, de los cuales se ocupará la Sala únicamente del primero y del segundo, que como se verá se encuentran justificados, y que son suficientes para la infirmación total del fallo, cuales son:

Primero. Error de derecho al apreciar la confesión rendida por José Milciades Leguizamón, al absolver las posiciones pedidas por Fuentes, diligencia que se practicó en 14 de noviembre de 1936, ante el alcalde del municipio de La Uvita, comisionado al efecto por el señor Juez Segundo del Circuito de Soatá, error de derecho que indujo al sentenciador a quebrantar los artículos 593, 601, 604, 612, y 617 del C. J., que se refieren a las pruebas en general, y a la confesión en particular, y 2518, 1519, 1602, 1740, 1741 y 1769 del C. C.

Segundo. Errónea apreciación de los testimonios traídos al debate para comprobar la simulación de la venta cuya nulidad se pide, y a consecuencia de esa errónea apreciación, quebrantamiento de los artículos 593, 687, 697, 698, 699 y 701 del C. J., 1502, 1517, 1518, 1519, 1740, 1741, 1759, 1765, 1767 del C. C. y 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887.

Respecto del primer cargo dice el recurrente que el tribunal quebrantó el art. 612 del C. J., disposición sustantiva, porque regula la prueba de confesión judicial, por cuanto admitió la primera de las posiciones absueltas, que estaba redactada en contraposición a lo preceptuado por el artículo 612 en mención, que ordena que las posiciones deben redactarse con claridad, refiriéndose cada pregunta a un solo hecho, y en forma tal, que el absolvente pueda responder si es o no cierto el contenido de la pregunta, ya que ella contiene los siguientes hechos: "Cómo es cierto sí o no que el absolvente lleva por nombre y apellido José Milciades Leguizamón, mayor de edad, vecino de La Uvita, e hijo de Paulino y Pacífica Leguizamón, y como tal expresó celebrar simuladamente un contrato de compraventa con los citados progenitores respecto de los siguientes bienes raíces que recoge el instrumento público 226 de 24 de abril de 1923 pasado ante el notario segundo de este circuito" (sigue la descripción y alinderamiento de cada uno de

los terrenos vendidos que abarcan más de una hoja de papel sellado escrita por ambos lados).

A esta pregunta contestó el absolvente: "No puedo contestarla ahora".

La pregunta sexta está así redactada: "Como es cierto sí o no que el absolvente como hijo de Paulino y Paz o Pacífica Leguizamón y éstos como sus padres acordaron esa forma de distribución de los bienes para no entrar en los gastos del juicio de sucesión, cuando Paulino y Paz o Pacífica Leguizamón murieran, y de esa manera el absolvente no entregó dinero alguno, porque se trataba de un contrato ficticio ante la ley y convenido privadamente entre ellos". Esta pregunta no fue contestada por el absolvente. Adviértese que el alcalde de La Uvita, funcionario encargado de practicar la diligencia de absolución de posiciones, declaró confeso al absolvente respecto de los hechos contenidos en las preguntas sexta y séptima.

El recurrente dice al respecto: "Las posiciones presentadas a Leguizamón se distanciaron totalmente del precepto del artículo 612 del C. J. La primera pregunta contiene multitud de hechos, números, fechas, linderos, colindantes, situaciones sociales, calificación jurídica de ciertos fenómenos, pregunta que fue contestada así: "No puedo contestarla ahora". Pero, en presencia de la respuesta a cuál de los hechos de la pregunta aplica el juzgador la declaratoria de confeso? Acaso al nombre y apellido, que para el absolvente sería lo principal de la pregunta? O a la vecindad, o a la filiación legítima, o a la compraventa, o a la simulación o a los linderos? Sería arbitrario escoger alguno de estos hechos o situaciones y peor cobijarlos a todos.

"La pregunta sexta en que también se le declara confeso merece los mismos reparos. Comprende estos hechos: Si el absolvente acordó con sus padres la distribución de los bienes; si la distribución se hizo para no entrar en los gastos del juicio de sucesión cuando los enajenantes murieran; si el absolvente no entregó dinero porque se trataba de un contrato ficticio ante la ley; y si ese contrato ficticio había sido convenido privadamente entre ellos. Por lo menos hay cuatro hechos que no pueden merecer en bloque la declaratoria de confeso, ni es jurídico declararlo arbitrariamente sobre cualquiera de ellos al capricho del juzgador.

"La pregunta séptima adolece de los mismos defectos y además se refiere a un acto de distribución de bienes entre los hijos de los esposos Leguizamón, acto que no es el contenido en la escritura que se ha venido comentando, pues en ella hay transferencia únicamente a José Milciades Leguizamón y no comprende otros términos con los cuales se pueda comparar la cantidad de bienes que adquirió".

La Corte considera: Las posiciones a que el actual litigio se refiere son, en esencia, idénticas a las formuladas por el mismo demandante Octavio Fuentes a Teodoro Leguizamón, en el juicio instaurado ante el juez del Circuito de Soatá, para que se hicieran idénticas declaraciones a las hoy solicitadas, y al apreciar esa nómina de posiciones en el juicio de Teodoro, la Corte con acierto sumo, se expresó así, en sentencia de 6 de noviembre de 1939, advirtiendo que en esas posiciones el absolvente contestó afirmativamente los hechos preguntados:

"La primera pregunta citada abarca múltiples hechos diversos y así, al igual de las restantes del referido cuadro, se aparta del precepto expreso y terminante del artículo 612, según el cual cada pregunta debe referirse "a un solo hecho en forma tal que el absolvente pueda responder simplemente si es o no cierto su contenido".

Es tan larga la redacción de esa sola pregunta, que se extiende hasta llenar cuatro páginas en máquina (en el presente caso, dos), interroga a Leguizamón sobre su nombre, sobre su edad y vecindad, sobre si es hijo de Paulino y Paz Leguizamón, sobre si otorgó la escritura de 24 de abril de 1923 y sobre los nombres,

ubicación y linderos de cada uno de los inmuebles detallados en esa escritura.

"De ahí que el tribunal observe acertadamente que el sí pronunciado por el absolvente no puede precisarse por el sentenciador como relativo al concepto de la simulación deslizado en forma capciosa y apenas advertible a través de esas cuatro páginas. Observa con igual acierto que Teodoro Leguizamón no podía menos de contestar sí al preguntársele si así se llamaba, si es mayor, si es vecino de La Uvita, si es hijo de sus dichos padres y si éstos y él otorgaron la mencionada escritura.

"Del propio modo, la pregunta octava desliza en forma apenas advertible el concepto de simulación de esa compraventa, en medio de otros hechos distintos al de ella, a que no podía dejar de responder en forma afirmativa, como el de haber comprado los derechos de su sobrino Paulino Nieto en la sucesión de los prenombrados abuelos de éste. Y el tribunal se encontró ante esta pregunta, contentiva también de un haz de hechos, en la misma imposibilidad de decidir que tal afirmación corresponde precisamente a la simulación afirmada en la demanda respecto de la compra de Teodoro a sus padres.

"Cada una de las preguntas restantes del cuadro en referencia fue contestada como ésta, es decir, negativamente, y en todas ellas se interroga al demandado sobre la simulación en sí misma o sobre circunstancias que conducirían a demostrarla, como la falta de precio y de pago del precio. Por ende inequívocamente se ve que él negó la simulación al absolver aquellas posiciones, sin que al reconocerlo así pueda ser óbice la respuesta afirmativa a las preguntas primera y octava, únicas contestadas "Es cierto".

"Así las cosas, no puede admitirse que el tribunal cayera en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos al no encontrar en las posiciones y su absolución la confesión por el demandado de la simulación afirmada por el demandante; ni puede admitirse tampoco que errara al aducir el artículo 612 del C. J. o al no estimar aplicable el 1769 del C. C., puesto que lo que hizo no fue negar a una confesión su valor probatorio, sino simplemente no ver una confesión donde no la hay".

Estas razones de la Corte invocadas en el fallo a que se ha hecho referencia, son bases suficientes para declarar que el tribunal apreció con error de hecho manifiesto y con error de derecho, las posiciones absueltas por José Milciades Leguizamón, porque la primera pregunta contiene varios hechos, distintos entre sí, independientes unos de otros, y con una finalidad probatoria diversa.

La respuesta a la posición segunda se refiere también a hechos distintos y fue contestada afirmativamente por el absolvente. La tercera pregunta fue negada rotundamente por el señor Leguizamón y en ella se le inquiría, si el contrato contenido en la escritura 226 de 24 de abril de 1923, era un contrato simulado, en que no hubo precio ni éste fue pagado a los vendedores. A la cuarta contestó, afirmando que había pagado el dinero a sus vendedores. Negó igualmente el contenido de la pregunta quinta, en la que se le preguntaba si el precio que allí se señaló se puso únicamente para efectos fiscales, siendo él muy inferior al que en realidad tenían los bienes en la época de la fingida negociación.

La sexta posición contiene igualmente varios hechos independientes unos de otros, posición que el absolvente no quiso contestar, por lo cual el señor alcalde comisionado por el juez para practicar la diligencia de absolución, lo declaró confeso.

En síntesis, las posiciones pedidas a José Milciades Leguizamón no están ajustadas al ordenamiento del artículo 612 del C. J., ni en ellas hay confesión clara y explícita sobre la simulación del contrato de compraventa, ni sobre el no pago del precio, ni sobre que éste fuera muy inferior al valor real de los bienes enajenados en el momento del contrato,

para que pudiera caber la acción de rescisión por lesión enorme.

Recuérdese que en la sentencia de la Corte de 9 de noviembre de 1939, de la cual se han trascrito atrás algunos apartes, se estudió el caso de si la confesión del absolvente, valía, llegando a la conclusión contraria, mientras que en las posiciones que hoy se estudian, Leguizamón no negó ni afirmó el contenido de la pregunta, se limitó a decir que no podía contestarla y por esa renuencia fue declarado confeso.

Es pues evidente que no llenando la nómina de posiciones las exigencias del artículo 613 del C. J., no puede considerarse esa probanza como prueba completa de la simulación del contrato, máxime si en las demás posiciones Leguizamón niega rotundamente los hechos preguntados por el absolvente, tendientes todos ellos a demostrar la simulación del contrato, y en consecuencia es jurídico declarar que el sentenciador de segunda instancia, al apreciar la prueba de confesión, quebrantó el artículo 612 del C. J., que tiene carácter sustantivo, y los artículos del C. C. invocados por el recurrente.

En cuanto al segundo cargo, o sea errónea apreciación de los testimonios presentados por el actor de primera instancia, la Sala de Casación considera que el tribunal erró de hecho y de derecho en la apreciación de ellos ya que éstos no concuerdan en el hecho, ni en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, lo que le resta valor de plena prueba, no siendo este medio probatorio, por esa circunstancia, admisible conforme a la ley. Además, esos testimonios carecen de fuerza probatoria, porque deponen sobre puntos que no les consta personalmente sino por haberlos oído de otras personas. En efecto, Bernabé Carreño, Belarmino Leguizamón, Trinidad Galvis, Antonio Niño, dicen, acordes, que no les consta que los cónyuges Paulino y Pacífica Leguizamón hubieran otorgado escritura a José Milcíades Leguizamón con el objeto de repartir en vida los bienes que componían el as hereditario.

Carreño dice que por haberlo oído de boca del finado Paulino Leguizamón y por boca de otras personas de la misma familia, supo que el finado Paulino Leguizamón y su cónyuge Pacífica del mismo apellido, habían hecho esa escritura con el objeto de hacer un reparto de sus bienes entre sus hijos Teodoro y José Milcíades Leguizamón, agregando que no le consta directa y personalmente, porque no vio la confección de las escrituras en referencia y que por haberlo oído, esos bienes fueron donados por Paulino y Pacífica Leguizamón a su hijo José Milcíades.

En igual sentido declara Belarmino Leguizamón, quien dice que por haberlo oído supo que los cónyuges Leguizamón habían otorgado a José Milcíades, su hijo, una escritura de venta relativa a algunos bienes raíces situados en la jurisdicción de La Uvita. Por haberlo oído de boca de varias personas, agrega, supo que esa negociación se consumó en forma de venta pero lo que en realidad se propusieron los contratantes fue hacer una distribución de bienes entre sus hijos. Que no le consta si José Milcíades Leguizamón pagó o no el precio a sus padres, y que había oído decir que la venta era simulada.

Trinidad Galvis afirma que por noticias que corrían en la vereda del Carmen, lugar donde residían los cónyuges Paulino y Paz o Pacífica Leguizamón, y no por constancia personal, supo que en el mes de abril de 1923 los cónyuges Leguizamón otorgaron a su hijo José Milcíades una escritura de venta de algunos bienes raíces ubicados en las veredas del Carmen, Vargas y Centro.

La declaración de Antonio Niño es idéntica a las anteriores, es decir que por haberlo oído, también de boca del señor José Milcíades Leguizamón, tuvo conocimiento de que lo que se proponían los cónyuges Leguizamón, era repartir en vida entre sus hijos los bienes que poseían.

Cierto es también que Justino León afirma que, por haberlo presenciado, le

consta que el día que hicieron la escritura Paulino y Pacífica Leguizamón a don José Milciades "se consumó en forma de venta real, pero en el fondo se trataba de repartir bienes entre sus hijos". Bien se advierte que del hecho de haber presenciado el otorgamiento de la escritura no puede deducirse, rigurosamente, que ese contrato no fuera de venta, sino que entrañara en el fondo una donación a favor de sus hijos, tampoco puede deducirse forzosamente que por el hecho de haber presenciado la escritura de venta, se pueda decir que ese contrato era simulado. No da pues el testigo Justino León una razón o explicación de su afirmación, es decir, no se sabe qué motivos o qué razones tenga el testigo para asegurar que el contrato contenido en la escritura de venta de que se trata, fuera simulado y que la intención de los contratantes vendedores fue hacer una donación a sus hijos.

Domingo Galvis que al principio de su declaración afirma que los cónyuges Paulino y Pacífica Leguizamón le otorgaron a José Milciades del mismo apellido escritura de venta de unos bienes, termina afirmando que no le consta que el contrato entre los padres de José Milciades Leguizamón y éste, hubiera sido de partición amigable, como tampoco le consta que sea de fama pública y de notoriedad general que ese contrato fuera simulado.

La Corte en sentencia de 9 de noviembre de 1939 apreció las declaraciones de esos mismos testigos, que depusieron en el juicio contra Teodoro Leguizamón, en que se hacían idénticas peticiones a las del actual juicio, y al respecto dijo:

"Otro tanto acontece con las declaraciones de testigos en que el recurrente dice ver la prueba de la simulación, al punto de acusar al tribunal por no haberla visto tanto de error de hecho evidente como de error de derecho".

"Como se ve, estas declaraciones están muy lejanas de lo que sería preciso para acreditar una simulación por medio de esta prueba. Todos los testigos son de oídas, menos el último, cuya fundamentación, aunque distinta no es satisfactoria, puesto que la sola circunstancia de que a él le otorgaran una escritura las mismas personas que otorgaron la venta a Teodoro, el mismo día, no es de por sí nada que habilite aquel para saber las intimidades de ese otro contrato".

En el presente pleito el testigo Justino León dice en su declaración lo siguiente: "Por haberlo presenciado me consta y es verdad, que el día que le hicieron la escritura, Paulino y Paz o Pacífica Leguizamón a don José Milciades Leguizamón, se consumó en forma de venta real, pero en el fondo se trataba de repartir los bienes entre sus hijos, figurando entre éstos don José Leguizamón y por eso ni José pagó el precio ni sus padres recibieron valor alguno".

Esta declaración carece de valor probatorio, porque si bien es cierto que el testigo dice que le consta porque lo presenció, esa constancia no es suficiente explicación para saber si la intención de los contratantes fue pactar un contrato de venta real o de donación. Del hecho escueto de presenciar el otorgamiento de una escritura de venta, no se deduce forzosamente, ni da asa para pensar que el contrato contenido en la escritura que se otorgara en presencia del testigo es simulado.

Igual reparo puede hacerse a la declaración de Domingo Galvis G., Aun cuando estos testigos afirman que el contrato fue simulado, no dan la razón de su dicho y por consiguiente sus deposiciones no pueden formar plena prueba.

Hay que concluir, pues, que el sentenciador erró de hecho y de derecho al apreciar las declaraciones de los testigos y que por consiguiente violó las disposiciones señaladas por el recurrente en el segundo cargo contra la sentencia del tribunal. Violación que trae consigo el desquiciamiento total del principal fundamento del fallo, sin necesidad de entrar a considerar los demás cargos formulados a la demanda de casación.

Los mismos fundamentos que ha utilizado la Corte para infirmar la sentencia

es la motivación de la que hoy se dicta al entrar a fallar el negocio como Tribunal de instancia.

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

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, de fecha 14 de febrero de 1939.

2º Revócase la sentencia de primera instancia proferida por el Juez del Circuito en lo Civil de Soatá de 20 de noviembre de 1937.

3º Absuélvese al demandado de todos los cargos formulados en la demanda.

4º Sin costas.

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Agustín Prieto demandó a Macario Mora y Luis A. Medina a fin de que en vía ordinaria se hicieran ciertas declaraciones, las que efectivamente hizo el Juzgado 1º del Circuito de Pamplona en sentencia de 26 de abril de 1932, reformada por el Tribunal Superior de allí en la de segunda instancia el 6 de febrero de 1940, contra la cual el doctor Guillermo García, apoderado de la parte demandada, interpuso casación que el Tribunal le negó en providencia de 24 de abril de este año, y por esto él recurre de hecho.

Para decidir este recurso se considera:

La negativa del Tribunal se funda en que el demandante al incoar su acción la estimó en $ 200 y en que esa estimación no fue objeto de reparo o reclamo de los demandados, por lo cual se halla desde el comienzo de la litis firmemente precisada en esa cifra, lo que indica que no alcanza a la cuantía requerida para la casación.

El recurrente funda su reclamo en que hay una vinculación tan estrecha que llega a la identidad entre este pleito y el de nulidad detenidamente expuesto por él, y en que no pudiendo separarse los dos litigios y estando establecido en este otro que la cuantía pasa de $ 3,000, no es procedente alegar aquella deficiencia cuantitativa porque no la hay.

Ese otro juicio a que se acaba de aludir fue el que se siguió sobre nulidad, así: por apelación contra el citado fallo de 1932, cursó la segunda instancia en el Tribunal y éste, en vez de pronunciar sentencia, estimando que por ser la cuantía de $ 200 la competencia era a la sazón del Juzgado Municipal y que había una nulidad, la puso en noticia de las partes, las que ratificaron: pero esto no tuvo para el Tribunal otro resultado que el de dar por válida la primera instancia y considerar como de Juez Municipal la sentencia citada de 1932, de donde dedujo la orden de devolver el proceso al del Circuito para que dictase la de segunda, como Juez ad quem. Impedido el 1º que la había pronunciado, pasó el proceso al Juzgado 2º de ese Circuito, el cual, obedeciendo la orden del Tribunal, no sin manifestar su extrañeza, sentenció el 31 de julio de 1934 en segunda instancia.

La nulidad de este fallo fue lo pedido en ese otro juicio a que puso fin la Corte Suprema en sentencia del 8 de octubre de 1938, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XLVII, páginas 256 a 263. Esta Superioridad, por los motivos allí detenidamente expuestos, enmendando aquel grave yerro, declaró la nulidad demandada y ordenó que el Tribunal pronunciase el fallo de segunda instancia que correspondía a la apelación, que así quedaba pendiente, contra la ya citada sentencia de 1932.

Ese es el otro pleito cuya cuantía superior a $ 3,000 aduce el recurrente en justificación de la casación para el presente. Y esa sentencia de segunda instancia ordenada entonces por la Corte es la que ahora ha venido a pronunciar el Tribunal y, por lo tanto, la de que se trata en el recurso de hecho.

Claramente se ve que el juicio de nulidad es distinto del presente. Fue como un paréntesis entre las dos instancias de éste, que no ha sufrido en sí ningún cam-

bio porque en su curso ocurriera lo que sucintamente acaba de traerse a cuento. Concretando a lo pertinente el estudio de hoy, basta observar que la fijación de la cuantía del presente pleito quedó hecha en forma inequívoca y firme en los dichos $ 200, cifra no alterada por las referidas discusiones intermedias. Ellas fueron materia de un pleito diferente. Cada uno de los dos pleitos tiene sus características peculiares. La estrecha relación que hay entre ellos dos no hace de ambos uno solo ni comunica del uno al otro una peculiaridad tan intrasmisible como es la de su propia cuantía.

En suma: el pleito ordinario fallado en primera instancia por el Juzgado 1º del Circuito de Pamplona en 1932 y ahora en la segunda por el Tribunal de allí en 1940 tiene una cuantía inferior a la necesaria para el recurso de casación. El Tribunal se ajustó, pues, a la disposición correspondiente y la Corte debe declararlo así. (C. J., arts. 519 y 514).

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 bien denegado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por él en la presente causa el seis de febrero del año en curso. Notificada esta providencia, se le oficiará poniéndola en su conocimiento.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Isaías Cepeda — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

CONTRATO DE TRABAJO — PROCEDIMIENTO BREVE Y SUMARIO PARA LOS ASUNTOS QUE SUSCITEN LAS CONTROVERSIAS EMANADAS DEL CONTRATO DE TRABAJO—CARENCIA DE JURISDICCION DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN ESOS JUICIOS, AUNQUE EQUIVOCADAMENTE HAYAN SIDO TRAMITADOS POR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

1.—Las controversias que emanen del contrato de trabajo entre empleadores y empleados conforme a la ley 10 de 1934 deben tramitarse, de acuerdo con el artículo 33 del Decreto reglamentario de esa ley, número 652 de 1935, en papel común y mediante el procedimiento verbal establecido por el Título 46 del Libro II del Código Judicial vigente. (Art. 18, L. 10 de 1934). Vedado está, pues, el procedimiento ordinario .La determinación del procedimiento que debe seguirse no puede ser el de indagar, en presencia de las diversas súplicas de la demanda, cuáles se refieren a derechos y prerrogativas de los enumerados en la ley 10 de 1934 y cuáles a estipulaciones contractuales aunque encajen dentro de la naturaleza del contrato de trabajo, para encaminar eficientemente, una por los trámites de un juicio ordinario y otras por los de otro. Lo acertado legalmente es averiguar, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de trabajo, si la controversia proviene directamente de ese contrato para aplicar el procedimiento indispensable señalado por la ley. — 2.—Las leyes que fijan el juicio en cada caso son leyes de orden público, no susceptibles de variaciones ni acomodaciones y situaciones particulares. De ahí por qué la equivocación en que se incurra en la escogencia de la vía procedimental afecte de invalidez la actuación irremediablemente. Aunque se siga un juicio ordinario contra lo preceptuado por la ley y su decreto reglamentario, queda afectado de nulidad. Si esto no fuese suficiente, conviene advertir que tal tesis tiene su plena confirmación en el art. 1º de la ley 45 de 1939. — 3.—Por consiguiente, la Corte carece de jurisdicción para conocer del recurso propuesto en juicios como el de autos que debieron ser tramitados de manera sumaria y verbal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Juicio ordinario

Por medio de libelo fechado el 14 de abril de 1937, Gabriel Jiménez Velasco presentó demanda contra Dionisio Vélez Torres, solicitando que, previa la tramitación de rigor, se le condenara a pagar la suma de tres mil cuarenta y cinco pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 3,045.45) moneda corriente, más el porcentaje que corresponda a dicha suma en razón de la naturaleza de su procedencia.

Como hechos fundamentales señaló los siguientes: que fue empleado de la empresa editorial "El Mercurio", de propiedad de Vélez Torres, desde el primero de octubre de 1927 hasta el 30 de marzo de 1936; que en el tiempo que estuvo empleado en la mencionada empresa como celador trabajó los domingos y días fe-

riados correspondientes al tiempo indicado, así como también siete horas suplementarias por día, pues comenzaba el trabajo a las dos de la mañana y terminaba a las siete de la noche; que hecha la cuenta de las horas suplementarias, domingos y días feriados que trabajó, resulta que ascienden a quince mil trescientas diez y seis (15,316) las horas suplementarias, a trescientos ochenta y cuatro (384) los domingos, y a ciento cuarenta y cinco (145) los días feriados, lo que da el total de la cantidad demandada; y que solicitó de la empresa se le pagara ese tiempo suplementario, sin haber podido obtener que eso se efectuara.

Avocado el conocimiento de este pleito por el Juez Segundo del Circuito de Cartagena, vecindario de ambos litigantes, dispuso imprimirle el trámite ordinario, por estimar, sin reclamo de ninguna de las partes, que tal procedimiento era el conducente para la secuela de las acciones incoadas. Vencida la tramitación de primera instancia, el juez a quo entró a calificarla en sentencia fechada el 6 de julio de 1938, en la cual absuelve al demandado Vélez Torres de los cargos contenidos en la demanda.

Sirve de único fundamento a esta providencia la consideración elemental de que durante el término probatorio la parte actora no se preocupó por solicitar la práctica de prueba alguna con qué acreditar su derecho. De suerte que ninguna prueba pudo encontrar el Juzgado, ni siquiera de carácter indiciario, que evidenciara los hechos fundamentales de la demanda.

La sentencia recurrida.

Interpuesta apelación por el actor, subió el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y practicadas las pruebas solicitadas por las partes, dicha entidad falló la segunda instancia en sentencia de 23 de agosto de 1939, que revoca la de primer grado y en su lugar condena a Dionisio Vélez Torres a pagar al actor Jiménez Velasco la cantidad de cuatrocientos cuarenta y tres pesos con treinta y ocho centavos ($ 443.38).

Este fallo del Tribunal negó el derecho que reclama Jiménez a ser indemnizado por concepto de horas suplementarias de trabajo, fundado en que el actor desempeñaba el cargo de Celador, oficio cuya naturaleza no es otra que la de vigilante, guardián o custodio; y en tal sentido tenía la obligación de permanecer junto a las cosas que celaba, no sólo las ocho horas diarias de trabajo ordinario, sino también las necesarias para poder cumplir a cabalidad aquella función. Siendo un cargo de supervigilancia, queda comprendido dentro de las excepciones que para tal efecto señala la Ley 129 de 1931, el Decreto número 895 de 1934 y la Resolución número 1 del mismo año, de la Oficina Nacional del Trabajo.

Tampoco estimó procedente el Tribunal la acción de indemnización por concepto de días feriados, cívicos o religiosos, fundado en que las leyes 57 de 1926 y 72 de 1931 tan sólo concedieron un día de descanso que debía ser dado el día domingo, pero tales estatutos no hablaban en ninguna de sus normas de días feriados. En consecuencia, consideró suficientemente demostrado por la prueba testimonial el derecho compensatorio invocado por concepto de descanso dominical, de conformidad con tales leyes, haciendo la declaración condenatoria consiguiente, por la cantidad a que antes se aludió.

Recurso de casación.

Recurre en casación el apoderado del demandado y acusa la sentencia del Tribunal por la causal primera del artículo 520 del C. J., esto es, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de ley sustantiva. De esta manera concreta los motivos de acusación:

Primero.—Cuando el Tribunal consideró el hecho relativo al tiempo comprendido entre el principio y el fin de las labores del demandante, estimó como ple-

na prueba el dicho del testigo José Liñán, calificando su declaración como una presunción muy atendible. Cometió error de derecho en la apreciación de dicha prueba, ya que tal testimonio, por sí solo, no tiene fuerza legal suficiente para acreditar el hecho que sirve de fundamento a la condena compensatoria por concepto de descanso dominical. Violó por lo tanto de manera directa los artículos 661, 666 y 697 del C. J., por atribuirle un valor probatorio que las citadas disposiciones legales no permitían, las que por referirse al mérito de las pruebas son de carácter sustantivo, según doctrina sentada por la Corte. Consecuencialmente, quebrantó por indebida aplicación el artículo 5º de la Ley 57 de 1926, por haber condenado a pagar una indemnización compensatoria del descanso dominical, sin que estuviera plenamente demostrado tal hecho.

Segundo.—Error de derecho consistente en mala apreciación de la prueba relativa al sueldo de que gozaba el colador Jiménez, pues para determinar tal sueldo toma pie en las declaraciones de Nicolás Santoya y José Liñán; pero no es exacto que el testimonio del uno corrobore la afirmación del otro, dado que Santoya solamente testifica que vio recibir a Jiménez doce pesos por su trabajo de una semana, por una sola vez. De manera que al admitir como plena prueba de la cuantía del sueldo una prueba a todas luces incompleta, dejó de aplicar reglas legales contenidas en los artículos 665, 666, 696 y 697 del C. J., incurriendo en error de derecho en su apreciación. Tal error causó la violación directa del 593 de la misma obrá y consecuencialmente fue infringido el 5º de la Ley 57 de 1926, por cuanto la sentencia se dictó sobre una prueba incompleta.

Tercero.—La sentencia, al imponer al demandado la obligación de compensarle en dinero al demandante el descanso dominical, quebrantó por indebida aplicación el artículo 5º de la Ley 57 de 1926, pues declaró a favor de dicho demandante el derecho al descanso compensatorio y la obligación correlativa, sin que conste en forma alguna en los autos que el segundo exigiera o impusiera al primero el trabajo en esos días.

Estudio de los cargos.

— I —

Dentro de la técnica del recurso extraordinario de casación, lo natural y corriente es estudiar con el debido orden lógico las diversas causales de acusación presentadas contra la sentencia, a efecto de decidir sobre la conducencia y operancia de cada una de éstas. Pero en este proceso especiales circunstancias obligan a la Corte a prescindir de la consideración y decisión de tales motivos de tacha, porque al entrar en el fondo de la cuestión litigiosa halla planteado en todo su rigor un problema procesal relacionado con la jurisdicción y competencia de la Sala de Casación, que exige por su propia índole una definición previa. Bien es verdad que tal cuestión no ha sido planteada por el recurrente; pero sí debe éste avocarlo, por referirse en realidad a la esencia misma del recurso.

La cuestión jurisdiccional previa que se impone a la solución de la Corte es la de definir si las acciones que surgen de la convención del trabajo, ya se trate de aquellas que se dirigen a garantizar la efectividad de los derechos y prerrogativas enumerados en la Ley 10 de 1934, o las que nacen de meras estipulaciones contractuales incorporadas a dicha convención, pueden admitir el trámite señalado a los juicios ordinarios; o si todas ellas deben someterse al procedimiento sumario señalado en el Título 46 del Libro II de nuestro Código Judicial, por así disponerlo el artículo 18 de la ley orgánica de esta clase de contratos (Ley 10 de 1934). Para resolver tan importante extremo, que dice relación directa con la competencia de la Corte, se considera:

Es indudable que la Ley 10 ha querido darle a la convención del trabajo y a las importantes y complicadas relaciones

jurídicas que ella crea entre patronos y trabajadores un aspecto, una reglamentación peculiar y autónoma, sacándola de los moldes arcaicos y rudimentarios a que antes estaba sometida en nuestro Código Civil, dentro de la reglamentación genérica del arrendamiento de servicios. Sobre su índole y estructura ya dijo la Corte en sentencia de casación de 25 de mayo de 1936 lo siguiente:

"Este contrato, del que vive la mayoría de los hombres, forma la base de la organización actual, económica e industrial, y presentado como un hecho social, tanto por su magnitud como por su trascendencia, da lugar a un derecho indiscutido hoy, o sea la intervención del Estado no sólo en la reglamentación sino hasta en la ejecución de ese contrato, lo cual pone de manifiesto que no puede considerarse como un mero contrato de derecho privado. Y esa intervención no tiene lugar por un concepto meramente particular de protección al obrero, porque también protege al industrial y al patrono, sino por un concepto de interés social, porque la sociedad está interesada no sólo en lo que atañe a la producción sino en lo que se refiere a los conceptos de salubridad, moralidad, higiene y de justicia social que ampare a todos". (C. J., T. XLIII, pág. 622).

Ahora bien, en lo que dice relación a los efectos y extensión que deba darse a dicha ley y a cada uno de sus preceptos reguladores del derecho social del trabajo, también sentó ya la Corte doctrina clara al respecto, en reciente sentencia fechada el 31 de mayo de este año, cuyos pasos pertinentes dicen:

"La Ley 10 de 1934, inspirada en un criterio jurídico fundamentalmente distinto del que inspiró las disposiciones atinentes del Código Civil y contentiva de reglas más justas para gobernar las relaciones del trabajo, que deben entenderse incorporadas en todo contrato que sobre la materia se celebre, no puede considerarse como una simple adición o modificación a las normas que regían sobre trabajo en la anterior legislación. Su reforma principal consiste en la implantación del contrato de trabajo con empleados, esto es, la convención por medio de la cual se obligan recíprocamente el patrono y el empleado, la cual contendrá, además de las estipulaciones que acuerden los contratantes y que no contraríen a la ley, las especificaciones del trabajo a que se obliga el empleado, cuantía de la remuneración, forma y período del pago, duración del contrato, causas de caducidad durante su vigencia, etc., es decir, el régimen jurídico que gobierna las relaciones entre empleadores y empleados particulares. La ley citada, pues, no se limitó a establecer determinados derechos para los empleados particulares, sino que atendió a la creación de un estatuto jurídico que gobernara con criterio de unidad las relaciones originadas en un sector del trabajo nacional estableciendo una base de estipulaciones mínimas, pero autorizando asimismo a patronos y empleados para estipular en el contrato de trabajo todo lo que no pugne con el espíritu y texto de la ley y que guarde relación con la índole y naturaleza de la convención de trabajo".

— II —

Estudiados en el capítulo anterior la naturaleza y extensión del nuevo estatuto nacional sobre el trabajo y de la convención que debe regularlo, es procedente conocer con toda precisión cuál deba ser el trámite procesal a que deban someterse los litigios originados de tal contrato, en virtud del ejercicio de acciones que se deriven de las normales relaciones entre empleadores y empleados. A este respecto, también la misma sentencia de 31 de mayo a que acaba de hacerse referencia, sentó doctrina clara, la que por ser pertinente y aplicable a este pleito se transcribe. Los párrafos que se relacionan con esta importante materia son de este tenor:

"El artículo 18 de la ley en mención (Ley 10 de 1934), ordenó que "mientras se establece una jurisdicción especial pa-

ra la solución de los conflictos del trabajo que puedan originarse con motivo de la aplicación de las disposiciones de la presente ley, dichas controversias se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título 46 del Libro II de la Ley 105 de 1931. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten en ese respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional".

"¿A qué conflictos de trabajo se hace referencia en la ley, para someter obligatoriamente su decisión al procedimiento del título 46 del C. J.?"

"Sin duda alguna a los que se originen en la interpretación y cobro de las obligaciones estipuladas en los contratos de trabajo celebrados entre patronos y empleados particulares, esto es, sobre todo lo que sea de la naturaleza propia de estas convenciones, que no contraríe los mandatos de la ley y que los contrayentes hayan estipulado para gobernar sus relaciones recíprocas. Así lo dice más claramente que la ley su decreto reglamentario número 652 de 1935 en su artículo 33, que reza: "Las controversias que se susciten por causa del contrato de trabajo que se reglamenta por el presente decreto se tramitarán en papel común mediante el procedimiento verbal establecido por el Título 46 del Libro II del Código Judicial vigente, y el juez las fallará en conciencia y con conocimiento de causa. La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial".

"Ningún fundamento legal puede darse a la interpretación que sobre este particular contiene la sentencia del Tribunal, acorde con anteriores decisiones según allí mismo se advierte, y según la cual el procedimiento breve señalado por el artículo 18 de la Ley 10 de 1934 no es aplicable sino a controversias suscitadas en demandas para reclamar alguno de los derechos taxativamente enumerados en la Ley 10, en forma que no pueden acumularse en una misma demanda solicitudes sobre auxilio de cesantía y descanso dominical o viáticos, porque para lo primero sólo es conducente el procedimiento verbal y solamente lo es para lo demás el juicio ordinario. Se rompe así arbitrariamente la unidad contractual originaria de las diversas prestaciones suplicadas en la demanda como obligaciones de conexidad inseparables contra los fines y la letra de la ley. Dentro del criterio de la unidad del contrato de trabajo como fuente jurídica de obligaciones conexas por su naturaleza propia, la determinación del procedimiento a seguir no puede ser el de indagar, en presencia de las diversas súplicas de la demanda, cuáles se refieren a derechos y prerrogativas de los enumerados en la Ley 10 de 1934, y cuáles a estipulaciones contractuales aunque encajen dentro de la naturaleza del contrato de trabajo, para encaminar eficientemente, como se ha hecho en este caso, una por los trámites de un juicio ordinario y otras por los de otro. Lo acertado legalmente es averiguar, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de trabajo, si la controversia proviene directamente de ese contrato para aplicar el procedimiento indispensable señalado por la ley".

. . . . . .

"Determinado qué clase de controversias son las que pueden y deben indispensablemente ser materia del procedimiento verbal a que se refiere el artículo 18 de la Ley 10 de 1934, falta solamente advertir que la adopción de tales trámites es cosa indispensable e imperativa, no sujeta a la voluntad particular. El procedimiento civil regula el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles por medio de juicios, que son los distintos procedimientos sistematizados que por razón de la naturaleza de los negocios establece la ley. (Artículo 194 del C. J.). Es la naturaleza del asunto lo que determina el procedimiento conducente, no la voluntad de las partes en controversia. Las leyes que fijan el juicio en cada caso son leyes de orden público, no susceptibles de variaciones ni

acomodaciones a casos y situaciones particulares. De ahí por qué la equivocación en que se incurra en la escogencia de la vía procedimental afecte de invalidez la actuación irremediablemente. El procedimiento mal elegido es siempre camino legalmente inconducente, y la providencia que se profiera, aunque tenga como en este caso, la condición formal de sentencia en juicio ordinario, no es tal en realidad por ser la culminación de un proceso ilegal. La controversia que Pedro Bohigas y Canadell planteó en su demanda no podía ser sometida a procedimientos distintos del señalado en el Título 46 del C. J. y la circunstancia de haberse encauzado equivocadamente por el Juzgado contra la expresa voluntad del actor no sanea la actuación dándole una naturaleza procedimental que no le corresponde. El juicio ordinario, que en la antigua ley de procedimiento civil era una posibilidad abierta a todas las querellas judiciales, no es conducente ahora sino para ventilar y decidir las controversias para las cuales la ley no dispone que se observen trámites especiales o autorice procedimientos sumarios".

"En efecto, la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el juez como las partes pueden gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal o para, consensualmente, acordar lo contrario a una norma dispositiva procesal; v. gr., prorrogar un término no perentorio. (G. J., T. 43, pág. 627".

Esta interpretación adoptada por la Corte en la sentencia antes aludida, encaminada a unificar el procedimiento judicial en todas las acciones derivadas de las relaciones del contrato del trabajo, bien visto está que tiene su fundamento en el espíritu y objetivo de la Ley 10 de 1934. Pero si esto no fuera suficiente, conviene advertir que tal tesis tiene su plena confirmación en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, que indudablemente fue dictada para remediar esa errada interpretación que hacían los Tribunales al hacer una distinción en las secuelas, según que se tratara de una prerrogativa consagrada en el estatuto legal del trabajo, o de prestaciones nacidas de cláusulas contractuales de la misma convención. El mencionado precepto de la Ley 45 dispuso que todas "las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes del trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título 46 del Libro II del Código Judicial".

— III —

De lo expuesto anteriormente se concluye que este litigio debió tramitarse en forma sumaria y verbal, con aplicación de las fórmulas procesales consagradas en el Título 46 del C. J. Estatuye de manera expresa el artículo 1.213 del C. J. que el fallo que profiera un Tribunal en juicio verbal no está sujeto al recurso de casación, y como tal secuela debió haberse seguido en este caso, fluye la conclusión de que carece la Corte de jurisdicción para entrar a estudiar en su fondo las acusaciones presentadas contra la sentencia recurrida, puesto que usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin haberla adquirido legalmente (artículo 148 del C. J.) Y no se diga que la simple tramitación equivocada impartida en las dos instancias pudo otorgársela, porque ha sido doctrina constante de la Corte que tal error en la tramitación procesal no desvirtúa la índole y calidad de la sentencia, para los efectos del recurso de

casación. Así lo resolvió en fallo de 24 de junio de 1938, al sostener que aun cuando el juicio especial de separación de bienes se haya tramitado como ordinario, la sentencia en él proferida no es susceptible del recurso de casación (G. J., T. XLV, pág. 747). Y en providencia de 23 de septiembre de 1937 también dijo la Corte: "Y no porque el Tribunal acogiese en la apelación las normas procesales peculiares del juicio ordinario, la acción de especial conviértese en ordinaria, en fuerza de que lo que caracteriza la acción adjetivamente considerada no es el procedimiento que arbitrariamente se le asigne, sino lo que ella es en realidad, o sea la naturaleza del derecho ejercido y las formas que el Código de la materia adopte para discutir dicho derecho. Por ende, el fallo recurrido, no correspondiendo a una acción que tenga señalado el procedimiento del juicio ordinario, sino el del juicio especial, está fuera del alcance del recurso de casación a que se le quiere someter".

En mérito de lo antes 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 es susceptible de ser considerada en casación, por carecer la Corte de jurisdicción, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el día veintitrés de agosto de mil novecientos treinta y nueve, en el juicio seguido por Gabriel Jiménez Velasco contra Dionisio Vélez Torres, sobre prestaciones originadas de un contrato de trabajo.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

USUCAPION — DESLINDE — INTERRUPCION DE LA USUCAPION — APRECIACION DE PRUEBAS — COSTAS

1. La usucapión, fenómeno trascendental, puede ser interrumpida civilmente en virtud de todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. Para que se consume la interrupción sólo es necesario que la demanda instaurada haya sido legalmente notificada al usucapiente demandado, que el recurrente no haya desistido expresamente de ésta o cesado en la persecución por más de tres años, o que el mismo demandado no haya obtenido sentencia absolutoria. (Artículos 2524 del C. C. y 29 de la Ley 95 de 1890). — 2. Aunque el juicio de deslinde no tiene por objeto de manera directa discutir la propiedad, no puede intentarse sino en razón de ella o de quien tenga un derecho real, en forma tal que la acción de deslinde viene a ser un modo especial de ejercicio del derecho de dominio sobre la zona cuya propiedad se discute por las partes y que, por esa circunstancia, quiere deslindarse. — 3. El juicio de deslinde tiene la fuerza de causalidad necesaria para interrumpir civilmente la prescripción adquisitiva del derecho de dominio. 4. El inciso 2º del artículo 2524 del C. C. quiere significar, a juicio de la Corte, que la interrupción civil de la prescripción adquisitiva es un fenómeno que entraña a todas luces un beneficio personal, de carácter exclusivo, que únicamente aprovecha al interesado que interpuso el recurso judicial en su condición de pretendido dueño, y de ahí que sólo éste pueda alegarla. De lo cual no se deduce que sea de rigor e indispensable que el que ha intentado el recurso judicial interruptivo deba necesaria y fatalmente alegarla, para que produzca sus efectos. Tan importante consecuencia — la de interrumpir la prescripción — se produce *ipso jure*, por el simple hecho de instaurar con éxito en sus resultados el recurso judicial, ya que tal actitud, por sí sola, es suficiente para hacer conocer la voluntad por parte del interruptor de no abandonar el dominio u otro derecho real sobre la cosa cuya propiedad pretende el usucapiente. Lo que dice aquel precepto legal es que sólo el que ha intentado el recurso judicial podrá alegar la interrupción, por ser un beneficio personal; pero no podría interpretarse en forma alguna dicho legal como que el beneficio de la interrupción deba ser necesariamente alegado, pero sí probado, para que surta sus efectos. 5. Al Tribunal sentenciador, le otorga nuestro derecho procesal libertad para analizar y apreciar los elementos probatorios traídos en las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica. — 6. Lo atañedero a la condenación en costas no da asidero para fundar el recurso de casación, según doctrina de la Corte.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1. Los predios rústicos de "Floresta" y "Cutigatá" son colindantes entre sí. El

primero pertenece actualmente a Tiburcio Argüello, quien lo remató en la sucesión de Ignacio Esparza el 18 de octubre de 1930; y el segundo es de propiedad de Gorgonio González, por compra a Luis Felipe Tarazona, según escritura número 192, de 10 de febrero de 1906, de la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga.

2. En el año de 1925 promovió Ignacio Esparza un juicio de deslinde y amojonamiento, para que se determinara la línea divisoria entre los predios de "Floresta" y "Cutigatá". Por virtud de la oposición de Gorgonio González hubo de convertirse en ordinario y terminó con sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, que casó parcialmente el fallo del Tribunal de Bucaramanga y señaló la línea divisoria.

3. En octubre de 1932 el Juzgado del Circuito se trasladó al lugar del litigio para demarcar sobre el terreno la línea limítrofe de los predios y amojonarla.

4. Tiburcio Argüello recibió nominalmente la faja de terreno discutida en el deslinde, por cuanto no habiendo pagado el valor de las mejoras y cultivos allí establecidos, continuó González en la posesión y en el uso y goce de dicha faja de terreno, con los cultivos y mejoras ya mencionados.

5. En julio de 1933 inició González un nuevo juicio ordinario para que en él se declarara que el fallo de deslinde proferido por la Corte no había tenido ejecución válida jurídicamente; pero perdió el demandante tal litigio en ambas instancias y en la casación.

Juicio ordinario

En octubre de 1936 promovió Gorgonio González otro juicio ordinario contra Tiburcio Argüello, ante el Juzgado Primero del Circuito de Bucaramanga, sobre reivindicación de la misma faja de terreno, y en subsidio, sobre adquisición de la misma por usucapión, y sobre pago de las mejoras puestas en ella. De esta manera concreta en el libelo las tres acciones incoadas:

Acción principal: a) Que es dueño y poseedor de una zona de terreno cuyos linderos determina en el libelo; b) Que el demandado Argüello debe restituírsela, con los frutos producidos o que hubiera podido producir con mediana inteligencia y actividad.

Primera acción subsidiaria: a) Que se declare que adquirió la zona de terreno anteriormente mencionada por virtud de la prescripción adquisitiva extraordinaria; b) Que el demandado Argüello debe respetarlo en el uso, goce y posesión de dicha zona de terreno.

Segunda acción subsidiaria: a) Que el demandado debe pagarle el valor de las mejoras realizadas en dicha zona de terreno por el actor; b) Que debe pagarle el valor de los perjuicios causados en las referidas mejoras por el opositor. Si se oponía a las tres acciones, suplicó igualmente la condenación en costas.

Tramitada la primera instancia, el juez a quo la finalizó en sentencia fechada el 14 de diciembre de 1937, adversa a las pretensiones del actor y absolutoria de todos los cargos formulados contra el demandado.

El juez de instancia absuelve al demandado de los cargos de la acción principal por dos motivos: porque no se ha probado que el actor sea dueño de la faja que reivindica, y porque tampoco se ha demostrado que el demandado sea poseedor de la misma; de manera que faltan los dos extremos esenciales de la acción reivindicatoria intentada en la demanda.

Rechaza también la primera acción subsidiaria, porque la considera incompatible con la reivindicatoria. "Y se excluyen, dice el fallo, por la sencilla razón de que el reivindicante pide se le restituya una posesión que no tiene, al paso que el usucapiente pide se le conserve una posesión que sí tiene y que espera poder conservar o haber consolidado en su cabeza por el transcurso del tiempo".

Consideró que la segunda acción subsidiaria, consecuencia de las anteriores, no tiene consiguientemente asidero legal.

La sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga profirió la sentencia acusada en casación el 31 de julio de 1939, por apelación del actor, y después de agotada la tramitación de segundo grado, confirmó en todas sus partes el fallo apelado. Sirven de fundamento al Tribunal los razonamientos que pasan a extractarse:

No se ha probado el derecho de dominio del demandante sobre la zona en referencia — dice la sentencia — porque es evidente que si los dos predios lindan, quedando "Cutigatá" al occidente y "Floresta" al oriente, la zona disputada queda en "Floresta", desde luego que el lindero occidental de ella es el mismo lindero de ambas fincas; o lo que es lo mismo, no se ha demostrado que el actor González sea dueño de la zona en referencia, como era su deber probarlo. Pero aun admitiendo que la zona quedara en "Cutigatá", de propiedad del actor, tampoco podría prosperar la acción reivindicatoria, porque no se ha demostrado que Argüello sea poseedor de ella.

Respecto de la acción subsidiaria relativa a la prescripción adquisitiva, sostiene el fallo que no pudo realizarse, porque iniciado en 1925 un juicio de deslinde por el entonces dueño de "Floresta" Ignacio Esparza, contra Gorgonio González, precisamente para delimitar sus propiedades en la zona a que el presente pleito se refiere, la posesión de González sobre tal zona quedó civilmente interrumpida, porque al juicio de deslinde no se le puede negar el carácter de recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, conforme al artículo 2524 del C. C. Agrega el Tribunal que en doctrina civil pura el derecho de pedir el deslinde se considera como una emanación del carácter exclusivo del derecho de propiedad.

Desestimó el Tribunal la segunda acción subsidiaria, sobre pago de mejoras y cultivos, fundado en que es preciso para ese pago que el colindante que ha puesto mejoras tenga que desprenderse de la zona en que ellas existen, para entregársela al vecino, en virtud del fallo de deslinde; pero si el dueño de la zona donde están las mejoras prefiere dejarlas en poder del vecino, para que se aproveche de ellas y de sus frutos, cosa que el actor mismo confiesa que ha ocurrido en autos, no se ve cómo ni por qué se haya de obligar al demandado a pagar unas mejoras que no ha recibido, cuyos frutos no percibe y que no tiene interés en hacer suyos.

El recurso de casación

Intenta este recurso el actor González, aceptando las razones expuestas por el Tribunal para desestimar la acción reivindicatoria principal y la subsidiaria sobre mejoras. Reduce el recurso, por lo tanto, a la parte del fallo referente a la inadmisibilidad de la declaración de dominio por usucapión y a la condena en costas. Invoca la causal de casación señalada en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., acusando la sentencia recurrida como violatoria de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. También la acusa por apreciación errónea de las pruebas presentadas y por falta de apreciación de algunos elementos probatorios allegados al juicio.

Estudio de los cargos

Primero. Así lo concreta el recurrente: La sentencia recurrida afirma que la prescripción adquisitiva que invoca el actor sobre la faja de terreno discutida que

dó interrumpida por el juicio de deslinde promovido contra éste por el señor Ignacio Esparza. La demanda de deslinde no puede producir el efecto de interrumpir una prescripción adquisitiva, en los términos del artículo 2524 del C. C. Fuera de lo dicho, no habiéndose alegado por el demandado en parte alguna de este juicio tal interrupción de la prescripción, no podía decretarla oficiosamente el Tribunal como lo ha hecho. Estima violados directamente por los anteriores conceptos los artículos 2513, 2522 y 2524 del C. C.

La Corte considera:

Resulta demostrado en los autos que el año de 1925 el anterior propietario de "Floresta", Ignacio Esparza, inició un juicio de deslinde contra el actor Gorgonio González, precisamente para delimitar las dos propiedades en la zona a que se refiere este proceso. Tal litigio se convirtió en ordinario, en virtud de la oposición de González y terminó por sentencia de casación proferida por esta Corte, donde se señaló la línea divisoria de ambas fincas aledañas. Posteriormente el Juzgado de instancia cumplió el fallo mencionado y determinó sobre el terreno la línea de demarcación, continuando a pesar de tal decisión en poder de González una faja de terreno donde había establecido cultivos y mejoras de toda naturaleza, faja de tierra cuyo dominio viene a ser la materia sub-judice.

La usucapión, fenómeno trascendental, puede ser interrumpida civilmente en virtud de todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. Para que se consume la interrupción sólo es necesario que la demanda instaurada haya sido legalmente notificada al usucapiente demandado, que el recurrente no haya desistido expresamente de ésta o cesado en la persecución por más de tres años, o que el mismo demandado no haya obtenido sentencia absolutoria. (Artículos 2524 del C. C. y 29 de la Ley 95 de 1890).

Consagra el artículo 900 del C. C. que todo dueño de un predio tiene derecho a que se le fijen los límites que lo separan de los predios colindantes. El artículo 865 del C. J. dispone como nueva formalidad procesal inscribir la demanda de deslinde en el registro de demandas civiles, con el objeto de que los terceros que quieran hacer transacciones respecto de los predios colindantes sepan que está trabada una litis sobre linderos.

Dedúcese de tales preceptos legales reguladores de este importante fenómeno que, si bien en el juicio de deslinde no se discute de manera directa sobre la propiedad, no puede intentarse sino en razón de ella o de quien tenga un derecho real, en forma tal que la acción de deslinde viene a ser un modo especial de ejercicio del derecho de dominio sobre la zona cuya propiedad se discute por las partes y que, por esa circunstancia, quiere deslindarse.

En fallo de casación del 21 de junio de 1938 definió ya la Corte la índole y naturaleza de esta acción cuando dijo: "El juicio de deslinde no es declarativo sino atributivo de propiedad. No se afecta en esos juicios el derecho de propiedad en sí mismo considerado, sino que se determina su comprensión, en relación con los predios en que respectivamente se ejercita el dominio..... Esa acción compete a quien tiene el dominio u otro derecho real principal". (G. J., XLVI, número 1937).

De lo antes expuesto deduce la Sala que el juicio de deslinde sí tiene la fuerza de causalidad necesaria para interrumpir civilmente la prescripción adquisitiva del derecho de dominio, cosa que efectivamente sucedió con la pretendida usucapión del actor González, respecto de la zona que supone haber adquirido por este modo. Resta sólo dilucidar si, como lo sostiene el mencionado recurrente, tal fenómeno de la interrupción no pudo consumarse en autos porque el demandado interesado no lo ha alegado en ninguna de las instancias de este proceso.

Es evidente que el inciso 2º del artículo 2524 del C. C. dice que "sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la in-

terrupción". Quiere esto significar, a juicio de la Corte, que la interrupción civil de la prescripción adquisitiva es un fenómeno que entraña a todas luces un beneficio personal, de carácter exclusivo, que únicamente aprovecha al interesado que interpuso el recurso judicial en su condición de pretendido dueño, y de ahí que sólo éste pueda alegarla. Se explica bien tal restricción en su ejercicio, por la consideración de que en todas las formas de la prescripción, como modo de adquirir, hay una cuestión de orden moral que afecta de manera directa al ánimo y a la intención del agente que puede alegarla a su favor; y por eso debe dejarse a su exclusiva iniciativa el alegarla o no, según las circunstancias. Dotada por su propia esencia de un factor psicológico de apreciación, no podría dejarse al juzgador en libertad para decretarla de oficio, sino encomendarle toda su eficacia adquisitiva o extintiva a la voluntad y al albedrío del agraciado.

Pero de tan indiscutibles fundamentos reconocidos al fenómeno jurídico en sí mismo, no puede deducirse que sea de rigor e indispensable que el que ha intentado el recurso judicial interruptivo deba necesario y fatalmente alegarla, para que produzca sus efectos. Tan importante consecuencia — la de interrumpir la prescripción — se produce ipso jure, por el simple hecho de instaurar con éxito en sus resultados el recurso judicial, ya que tal actitud, por sí sola, es suficiente para hacer conocer la voluntad por parte del interruptor, de no abandonar el dominio u otro derecho real sobre la cosa cuya propiedad pretende el usucapiente. Lo que dice el precepto legal antes transcrito es que sólo el que ha intentado el recurso judicial podrá alegar la interrupción; esto por las circunstancias ya dichas y constitutivas del fenómeno, consistentes en ser un beneficio personal. Pero no podría interpretarse en forma alguna dicho texto legal como que el beneficio de la interrupción deba ser necesariamente alegado, pero sí probado, para que surta sus efectos. Cosa muy distinta es otorgarle — como lo hace nuestro Código — el carácter de beneficio personal del demandante interruptor, al de exigir como requisito procesal indispensable su alegación, para reconocerle sus efectos. Es decir, que no pone esta alegación en manos de terceros. Esto es distinto de colocarla fuera de la potestad que confiere, o mejor, del deber que al sentenciador impone el artículo 343 del C. J.

De manera que si la demanda de deslinde interrumpió la prescripción que a su favor pretendía el actor González; y si así lo reconoció y consagró el Tribunal en la sentencia que se revisa, sin que aparezca violado ni el artículo 2524 ni los demás citados del C. C., es de rigor desechar por inoperante este primer cargo formulado en casación.

Segundo cargo. De esta manera razona el recurrente: "El Tribunal sentenciador afirma en el fallo recurrido que la acción declarativa de dominio por usucapión no puede prosperar porque no pudo demostrarse mi posesión sobre la zona de terreno discutida, durante el lapso invocado y exigido por la ley. El Tribunal, al desestimar la prueba de la posesión, incurre en error manifiesto de hecho, y en error de derecho, como adelante se verá".

Agrega el recurrente que la prueba testimonial no puede tacharse por ningún aspecto, porque emana de testigos hábiles y acordes en todas las circunstancias, los que hacen plena prueba de la posesión por más de treinta años, según lo dispone el artículo 698 del C. J., ya que la ley no exige en los testimonios relativos a la posesión requisitos distintos de los generales. Estima igualmente que tal posesión está confirmada por el dictamen pericial, en la inspección ocular practicada por el Tribunal, respecto de la edad de los pastos cultivados en la zona disputada. Termina sosteniendo que todo el haz probatorio está reforzado por la presunción contenida en el artículo 780 del C. C. y al no darse aplicación a dicha pre-

sunción se cometió también un error de derecho.

Al estudiar este cargo la Corte considera:

En la sentencia acusada el Tribunal hizo un análisis pormenorizado y completo de cada uno de los testimonios alegados por el actor para evidenciar su posesión de la zona discutida durante más de treinta años. De tal estudio dedujo que tan sólo el testimonio de Severo González podía aceptarse y estimarse como demostrativo de tal posesión, por ser el único que depone sobre posesión por más de treinta años y asevera que durante ellos ha ejercido el demandante actos de dominio en la zona en referencia, concluyendo el Tribunal que con ese solo elemento testifical no podía prosperar la acción subsidiaria de prescripción adquisitiva. En lo atañedero a la prueba pericial, también la desestimó el Tribunal fundado en que los peritos dijeron que en dicha zona había una estancia de cacao que no tiene menos de quince años y potreros de pastos que tienen más de veinticinco, pero sin saberse cuáles de estos potreros son los poseídos por González. Agrega el Tribunal que la zona a que se refieren los peritos no es la misma a que se refiere el actor, según se desprende de los autos.

Deduce la Corte de la anterior argumentación contenida en la sentencia, que no existe error de hecho manifiesto en el examen de las pruebas presentadas por la parte actora; y en tal caso carece de facultad para modificar en casación el concepto del Tribunal, ya que a éste le otorga nuestro derecho procesal libertad para analizar y apreciar los elementos probatorios traídos en las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica. Tampoco incurrió el fallador en error de derecho al no darle aplicación a la presunción del artículo 780 del C. C., la que no podía tener operancia en el caso de autos, ya que no se trataba de presumir la posesión en un término intermedio, con la demostración de la posesión anterior y de la actual.

Y como el recurrente no cita otro precepto alguno legal que estime violado por los conceptos dichos, la sentencia no se quiebra ni incide en casación el cargo formulado.

Tercer cargo. Sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria del artículo 575 del C. J., ordinales 1º y 2º, que constituye ley sustantiva, en cuanto lo hace víctima de una condenación en costas contra todo derecho, porque no está probado ni la malicia, ni la temeridad, ni la carencia de fundamento plausible para ejercer las acciones que ha promovido.

Ha considerado la Corte de manera invariable que lo atañedero a la condenación en costas, por referirse a las reglas de procedimiento, no da lugar a fundamentar el recurso de casación, ya que la naturaleza accesoria que le corresponde coloca generalmente dicho extremo fuera de esta jurisdicción extraordinaria y limitada. No siendo las costas materia del debate ni menos de las acciones intentadas, sino una consecuencia procesal de él, la decisión del Tribunal y los conceptos en que pueda fundarse la condenación en costas no son motivo de casación.

De lo expuesto fluye la consecuencia de que la indebida aplicación que pueda haber hecho el Tribunal del artículo 575 del C. J. no es motivo de casación, ni puede ser susceptible de modificación en este recurso. Una vez calificada por el juzgador la temeridad o malicia de la acción o de la defensa, la falta de motivo plausible en la apelación o las demás circunstancias contempladas en esa norma, no es posible establecer variación alguna en tal apreciación y menos con el nuevo sistema adoptado por nuestro Código procedimental, en que la condenación en costas no implica propiamente el principio de que la defensa del derecho no ha de menguar su contenido, sino que ella está condicionada por la temeridad y malicia,

es decir, por la culpa del vencido, e implica igualmente un resarcimiento del daño ocasionado con el litigio temerario.

Se rechaza el cargo por inoperante en casación.

Fallo

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y nueve, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SE DECRETA EL DESISTIMIENTO DEL JUICIO POR TRANSACCION

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

Los señores doctores Ernesto Ruiz Manrique y Emilio Ferrero, obrando el primero como apoderado especial del señor José de Jesús Cuéllar, y el segundo de la Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie, y refiriéndose al juicio ordinario, sobre indemnización de perjuicios, seguido por Cuéllar contra dicha sociedad en el Juzgado 6º de este Circuito, juicio que ha venido a la Corte en virtud de recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha primero de marzo del presente año, manifiestan, en escrito del siete de los corrientes, que han "convenido en transigir todas las pretensiones que se discuten en el pleito", por la cantidad de quince mil pesos ($ 15,000); que la cantidad demandada pagará en las condiciones indicadas allí, y que, en consecuencia, desisten "incondicionalmente de los recursos de casación interpuestos" y "piden "que se declare terminado el juicio por transacción, sin lugar a condenación en costas".

Consta en los poderes respectivos que tanto el doctor Ruiz Manrique como el doctor Ferrero están facultados para transigir y desistir, por lo cual la manifestación que hacen a este respecto es procedente.

Por lo tanto, 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:

Admítese el desistimiento que los doctores Ernesto Ruiz Manrique y Emilio Ferrero, obrando como apoderados especiales del demandante y del demandado, respectivamente, hacen de los recursos de casación que habían interpuesto en el presente juicio, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha primero de marzo del año en curso.

En consecuencia y a virtud de la manifestación hecha por los memorialistas, queda terminado el juicio por la transacción extrajudicial que dicen haber hecho.

No se hace condenación en costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS—MANDATO—MEDIOS NUEVOS EN CASACION. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS—NEGATIVA DE CARACTER INDEFINIDO.

1.—El mandato, como contrato, sólo puede declararse resuelto, o sin valor ni efecto alguno, en virtud de acuerdo voluntario de las partes. Otra cosa sucede en los casos de que tratan los artículos 2191 y 2193 del C. C., conforme a los cuales el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, o el mandatario renunciarlo. En tales casos el mandato termina (ordinales 3º y 4º del artículo 2189), pero sin que se resuelva el contrato, y es claro que si la revocación o la renuncia se hacen sin motivo alguno, proceden las indemnizaciones respectivas. — 2.—Cuando el contrato de servicios es ajustado por un tiempo determinado, ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, romper la convención y sustraerse a sus compromisos. Cuando el arrendatario rompe intempestivamente, o sea, sin motivo justificativo alguno, el contrato de arrendamiento de servicios que se ha celebrado por un período determinado, queda obligado a pagar al arrendador los cánones del arrendamiento correspondientes al tiempo que falta para vencerse el contrato, con sus intereses legales. De esto se concluye lógicamente que lo preceptuado en el artículo 2066 del C. C. sólo tiene aplicación cuando en el contrato no se ha estipulado término de duración o no se ha convenido en ponerle fin mediante desahucio. — 3.—Los medios nuevos en casación no tienen cabida, conforme a la ley. — 4.—La aseveración de que una persona no ha cumplido un contrato envuelve una negativa de carácter indefinido y, en ese caso, corresponde al que la hace demostrar cuáles obligaciones del contrato dejó de cumplir la parte de quien tal cosa se ha aseverado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintidós de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El doctor Hernando Moreno M. celebró un contrato con el Municipio de Medellín, representado éste por su Personero Municipal, el 20 de diciembre de 1934, conforme al cual se comprometió a prestarle sus servicios de abogado, en las condiciones indicadas allí. El término de duración del contrato se fijó en seis meses, a partir del 21 de enero de 1935, y el Municipio se obligó a pagar al doctor Moreno, como remuneración de sus servicios, la cantidad de ciento cincuenta pesos ($ 150) mensuales. El Concejo de Medellín lo aprobó, por medio de resolución.

El aludido contrato debía vencer el 21 de julio de 1935, pero parece que el Municipio aceptó la prórroga tácita de él, porque posteriormente el Concejo expidió el acuerdo número 141, del 23 de octubre de 1935, y en su artículo 7º dispuso:

"Modifícase el contrato celebrado con el doctor Hernando Moreno M. sobre prestación de sus servicios como abogado, en el sentido de que éstos los continuará prestando en la ciudad de Bogotá y por el término de dos años, en vez de los que preste en esta ciudad. El Alcalde y el Personero Municipal procederán a formalizar esta modificación, la cual no necesita de la ulterior aprobación del Concejo".

En virtud de esta disposición, los señores Alcalde y Personero municipales de

Medellín suscribieron con el doctor Moreno M. la modificación del contrato, por documento de fecha 26 de octubre de 1935, en el cual se hizo constar que el nuevo término de duración, de dos años, empezaría a contarse el 10 de noviembre del propio año.

El primero de noviembre de 1935 se instaló el Concejo de Medellín con personal nuevo, elegido para el período legal que se inició en aquella fecha.

Ese Concejo, en sesión del día 5 de noviembre citado, resolvió nombrar una comisión compuesta de tres concejales, para que en asocio del Alcalde estudiara los contratos celebrados por el Concejo anterior, y rindiera un informe sobre "si esos contratos se hicieron con las formalidades legales, si reportaron alguna utilidad o conveniencia para el Municipio, o si, por el contrario, se advierte en ellos inconveniencia y la pretermisión de requisitos exigidos por la ley".

La referida comisión, constituída por los doctores Ramón Jaramillo S., Gonzalo Restrepo Jaramillo y Benedicto Uribe, estudió el contrato celebrado con el doctor Moreno M., de que se hablado, y rindió un extenso informe, en el cual consideró que era inconveniente y de imposible aplicación en la práctica, y propuso:

"Dígase al doctor Hernando Moreno M. que el Concejo pone fin al contrato sobre la prestación de sus servicios como abogado del Municipio de Medellín en Bogotá y que por lo tanto se le avisa de conformidad con la ley sustantiva".

El Concejo, al considerar esta proposición, resolvió suspenderla y pasar el asunto a otra comisión, que la integraron los Concejales Restrepo Jiménez y Posada L.

El doctor Manuel Restrepo Jiménez rindió solo el informe respectivo. Pertenecen a ese informe los siguientes conceptos:

"El contrato de que hablo es válido y está revestido de todas las formalidades legales.... Se trata de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. En esta clase de contratos cualquiera de las dos partes puede poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere establecido, de acuerdo con el precepto del artículo 2066 del Código Civil".

De consiguiente propuso y el Concejo aprobó, en sesión del 27 de enero de 1936:

"Primero.—Dígase al doctor Hernando Moreno M. que el Municipio de Medellín, en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 2066 del Código Civil, quiere poner fin al contrato celebrado el día 26 de octubre de 1935, y que, en consecuencia, le da este aviso en cumplimiento de lo que ordena el inciso 2º de la misma disposición".

"Segundo. — Nómbrese una comisión encargada de estudiar el candidato que debe reemplazar al doctor Moreno M., como abogado del Municipio de Medellín en Bogotá".

El 28 del mismo mes de enero el Secretario del Concejo trascribió al doctor Moreno M., por medio del oficio número 50, el punto primero de la anterior proposición.

El 14 de febrero siguiente el doctor Moreno M. dirigió un memorial al Concejo, en que dice que acaba de recibir el oficio mencionado, que él ha estado cumpliendo estrictamente el contrato y que exige que el Municipio lo cumpla. Sostiene además el doctor Moreno M. que el contrato es de mandato y no de arrendamiento de servicios inmateriales, y que, por lo tanto, el Concejo no lo puede declarar resuelto unilateralmente.

Posteriormente el doctor Moreno M., por conducto del Juez 2º del Circuito de Medellín, reconvino a los señores Alcalde y Personeros municipales para que cumplieran el contrato, haciendo constar que él lo había cumplido y estaba dispuesto a seguir cumpliéndolo.

El Personero, al contestar la reconvención, manifestó que el Municipio de Medellín no estaba obligado a cumplir el contrato, porque le había puesto fin de acuerdo con el artículo 2066 del Código Civil.

Por último, el doctor Moreno M. de-

mandó al Municipio de Medellín, en juicio ordinario, por libelo de fecha 5 de junio de 1936, en el cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el Municipio de Medellín debe al doctor Hernando Moreno los perjuicios que le ocasionó con el incumplimiento del contrato a que se refiere esta demanda, perjuicios que valen la cantidad de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3,150) e intereses legales desde la fecha del incumplimiento hasta la del pago, o la que se fije en este mismo juicio o en otro distinto".

"Segunda.—Que el Municipio de Medellín debe al doctor Hernando Moreno los perjuicios morales que le ocasionó por la manera como aquél dejó de cumplir el mencionado contrato, y por las proposiciones, informes y publicaciones que precedieron y siguieron al incumplimiento del contrato por parte del Municipio, perjuicios éstos que mi mandante estima en treinta mil pesos ($ 30,000) y que valen esta cantidad o la que se fije en este mismo juicio o en otro distinto".

"En subsidio de las anteriores declaraciones, pido que se haga la siguiente:

"Que el Municipio de Medellín debe al doctor Hernando Moreno treinta y tres mil pesos ($ 33,000) moneda legal".

El asunto fue fallado por el Juez 2º del Circuito de Medellín, en sentencia del diez y ocho de junio de mil novecientos treinta y siete, cuya parte resolutiva dice:

"a) Declárase no probadas las excepciones alegadas por el señor Personero Municipal.

"b) El Municipio de Medellín debe al doctor Hernando Moreno los perjuicios que le ocasionó con el incumplimiento del contrato a que se refiere este juicio, los que valen la suma de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3,150), y los intereses legales que cada cuota mensual de ciento cincuenta pesos ($ 150) devengue a partir del día en que cada una de ellas debía ser cubierta.

"c) Se absuelve al Municipio del cargo sobre perjuicios morales por cuanto éstos no fueron demostrados.

"d) No hay lugar a hacer declaración alguna sobre la petición subsidiaria; y

"e) Sin costas, por tratarse de un Municipio".

De esta sentencia apelaron ambas partes, y surtidos en el Tribunal los trámites de segundo grado, aquella Corporación puso fin al juicio con su fallo del veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y nueve, por medio del cual confirmó "en todas sus partes la sentencia apelada".

Contra este fallo interpuso recurso de casación, en tiempo, el representante del Municipio de Medellín, quien se ha hecho representar ante la Corte por su apoderado especial, señor doctor Jesús Echeverri Duque.

El recurrente acusa la sentencia por la primera de las causales indicadas en el artículo 520 del Código Judicial, o sea porque la considera "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida e interpretación errónea", y desarrolla su acusación en varios capítulos, que pueden resumirse así:

a) Sostiene el recurrente que el contrato celebrado por el Municipio de Medellín con el doctor Hernando Moreno M. es de arrendamiento de servicios inmateriales y no de mandato; que como el Tribunal lo calificó como contrato de mandato, la sentencia viola "todas las disposiciones civiles que diferencian y singularizan ambas convenciones", y que, en consecuencia, aplicó indebidamente los artículos 2189 y 2193 (sic) del Código Civil, y dejó de aplicar el 2066 de la misma obra. Agrega que, en su concepto, "el mandato judicial puede revocarse en cualquier momento, sin derecho a indemnización alguna".

b) Alega el recurrente que con el traslado del doctor Moreno M. a Bogotá el contrato, aún aceptando que fuera de mandato, se hizo de imposible aplicación en la práctica, por lo cual el Municipio de Medellín, al ponerle fin, "sólo se limitó a dar conocimiento al abogado de un hecho cumplido e irremediable".

c) Dice el recurrente que la sentencia

viola el artículo 1609 del Código Civil, porque en el contrato se pactaron prestaciones recíprocas y no aparece probado en el juicio que el doctor Moreno M. cumpliera las obligaciones que le correspondían, hecho que ha debido probar, porque así lo afirmó en su demanda y porque el Personero Municipal de Medellín, al contestarla, dijo:

"El doctor Moreno no cumplió estrictamente el contrato".

d) Por último, afirma el recurrente que no está legalmente probada la existencia del contrato celebrado por el Municipio de Medellín con el doctor Moreno M., porque no aparece que el documento respectivo se extendiera en papel sellado y se le adhirieran las estampillas correspondientes, de conformidad con los arts. 17 de la Ley 20 de 1923 y 6º del Decreto número 92 de 1932.

Se considera:

1º Para mayor claridad, y aunque a juicio de la Corte el resultado final del pleito será el mismo, cualquiera que sea la denominación legal que se le dé al contrato que lo ha motivado, como adelante se verá, conviene ante todo analizarlo, porque las partes han fundado insistentemente sus pretensiones opuestas en tal denominación.

Las cláusulas pertinentes del contrato celebrado por el doctor Moreno M. con el Municipio de Medellín dicen:

"**Primero.**—Entre el Municipio de Medellín y Hernando Moreno M. existe actualmente un contrato sobre prestación de sus servicios de abogado, que está actualmente vigente, y en virtud del cual está ese último obligado a resolver oportunamente todas las consultas jurídicas que le hagan el Concejo o la Personería Municipal; a colaborar con el Personero en los juicios que interesen al Municipio y que se ventilen en los Juzgados de Circuito, en el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en el Seccional de lo Contencioso Administrativo y en las reclamaciones pendientes o que se hagan por cuenta del Distrito ante las altas entidades de orden político o administrativo; a concurrir a la oficina de la Personería Municipal siempre que el Personero lo requiera; trasladarse a otros Distritos a prestar en ellos sus servicios al de Medellín, siempre que el Concejo así lo disponga, con el derecho al cobro de los viáticos que el mismo Concejo le señale; a no litigar en contra del Municipio de Medellín, ni servir de abogado, apoderado, asesor o consejero de personas que promuevan o sostengan juicios civiles o contenciosos contra dicha entidad o reclamen exención o rebaja de impuestos municipales de toda clase, o supresión o anulación de acuerdos o resoluciones del mismo Concejo, o de actos o providencias de entidades o empleados de este Municipio, y a no servir como mediador o apoderado de personas o entidades en negocios con el Municipio; a visitar al menos dos veces por semana los Tribunales y Juzgados dichos para que el Distrito pueda a tiempo oportuno hacer las gestiones e interponer los recursos que favorezcan los intereses municipales; esto sin perjuicio de las visitas extraordinarias que en casos especiales le ordene el Personero, y a dar al Concejo informes trimestrales y detallados sobre sus labores.

"**Tercero.**—En obedecimiento a lo dispuesto por el H. Concejo en el artículo séptimo del Acuerdo número 141 de 1935, trascrito al principio de este documento, las partes contratantes han convenido en formalizar por el presente la modificación adoptada por el artículo en referencia, en el sentido de que los servicios de abogado que está obligado a prestar Hernando Moreno M., detallados y especificados en la cláusula primera de este instrumento y por la remuneración fijada en la cláusula segunda, los continuará prestando, por el término de dos años, que principiarán a contarse del diez de noviembre próximo venidero, fecha ésta en la cual se obliga Moreno M. a trasladarse a Bogotá a prestar sus servicios de abogado, en la misma forma y dentro de las mismas obligaciones que las estipuladas en el contrato vigente hoy día, pues, como queda expresado, éste únicamente

se modifica en el sentido de que los servicios de abogado se presten en Bogotá, en vez de este Distrito y Circuito Judicial y que el término de duración de dicho contrato sea el de dos años.

"Quinto—Como consecuencia de la modificación adoptada, Hernando Moreno M. se obliga a prestar sus servicios de abogado y de agente del Municipio de Medellín en la ciudad de Bogotá, por el término de dos años, ante la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Ministerios y dependencias del Gobierno Nacional en todos aquellos negocios en que el Municipio tenga interés, en las condiciones previstas en las cláusulas anteriores".

Las obligaciones minuciosamente determinadas en las cláusulas que han quedado copiadas, son, en concepto de la Corte, determinantes de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y no de mandato, porque en parte alguna consta que el doctor Moreno M. se comprometiera a llevar la representación del Municipio, ni a gestionar negocios por cuenta y riesgo de éste, y sabido es que "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". (Art. 2142 del C. C.).

Es verdad que el doctor Moreno M. sostiene que sí representó en varios juicios al Municipio como apoderado judicial, pero esa afirmación no aparece probada en autos, porque la trascripción que él hizo de dos autos de la Corte, en su memorial dirigido al Concejo de Medellín, no puede aceptarse legalmente como prueba, y aún aceptando que el doctor Moreno sirviera de apoderado judicial del Municipio en alguno o algunos juicios, ello pudo obedecer a exigencias especiales de éste, apartándose de lo estipulado en el contrato que se analiza, el cual, forzoso es concluír, es de arrendamiento de servicios inmateriales y no de mandato.

Pero antes se ha dicho que la denominación legal del contrato importa poco, en el presente caso, porque el resultado final será idéntico, ya se trate de mandato, ya de arrendamiento de servicios inmateriales.

En efecto, acerca del mandato se tiene:

Según el inciso final del artículo 2150 del C. C., "aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes".

Quiere esto decir que el mandato, como contrato, sólo puede declararse resuelto, o sin valor ni efecto alguno, en virtud de acuerdo voluntario de las partes.

Otra cosa sucede en los casos de que tratan los artículos 2191 y 2193 del propio Código, conforme a los cuales el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio o el mandatario renunciarlo. En tales casos el mandato termina (ordinales 3º y 4º del artículo 2189), pero sin que se resuelva el contrato, y es claro que si la revocación o la renuncia se hacen sin motivo legítimo, proceden las indemnizaciones respectivas.

Respecto del arrendamiento de servicios ha dicho la Corte:

"Cuando el contrato de servicios es ajustado por un tiempo determinado, ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, romper la convención y sustraerse a sus compromisos". (Sentencia del 5 de noviembre de 1935. Gaceta Judicial números 1907 y 1908, página 407).

En la sentencia referida dejó establecido la Corte que cuando el arrendatario rompe intempestivamente, o sea sin motivo justificativo alguno, el contrato de arrendamiento de servicios que se ha celebrado por un período determinado, queda obligado a pagar al arrendador los cánones del arrendamiento correspondientes al tiempo que falte para vencerse el contrato, con sus intereses legales y no se ve razón para variar ahora esa jurisprudencia.

De lo dicho se concluye lógicamente que lo preceptuado en el artículo 2066 del Código Civil sólo tiene aplicación cuando en el contrato no se ha estipulado tér-

mino de duración o no se ha convenido en ponerle fin mediante desahucio.

Esta conclusión resulta más palmariamente aceptada en el presente caso si se tiene en cuenta lo establecido en el art. 2144 del indicado Código, según el cual "los servicios de las profesiones o carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato", pues ya se dijo atrás que cuando el mandato se revoca o se renuncia sin motivo legítimo, proceden las indemnizaciones correspondientes (artículos 2184, ordinal 3º, y 2193 del C. C.).

Por tanto no es aceptable, y por lo mismo no prospera, el cargo que se hace a la sentencia recurrida, consistente en que aplicó indebidamente los artículos 2189 y 2193 (debió citarse el 2191 y no el 2193) del Código Civil, y en que dejó de aplicar el 2066 de la misma obra.

2º Tampoco es procedente y en consecuencia se desecha, el cargo que formula el recurrente en el aparte III de su demanda, donde sostiene que la ejecución del contrato se hizo imposible, por el traslado del doctor Moreno a Bogotá.

Dicho capítulo entraña una acerba crítica a la modificación del contrato y a la actuación del Concejo que ordenó la modificación, pero no demuestra en forma alguna, que la sentencia sea "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", ni dice qué preceptos legales fueron violados por aquélla.

Además, las alegaciones del recurrente en este punto, que versan sobre cuestiones que no se tuvieron en cuenta, ni fueron aducidas en ninguna de las instancias del juicio, constituyen un medio nuevo en casación, que no tiene cabida conforme a la ley.

3º El señor Personero Municipal de Medellín, al contestar la demanda, dijo:

"El doctor Moreno no cumplió estrictamente el contrato".

Esta afirmación no volvió a aducirse en el curso del juicio, ni los representantes del Municipio la tomaron en cuenta en sus alegatos de conclusión. Es en la demanda de casación donde se le da fuerza por el señor apoderado del recurrente, para sostener que no aparece probado en autos que el doctor Moreno cumpliera el contrato, y que, por lo mismo, la sentencia acusada violó el artículo 1609 del Código Civil, según el cual "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

A este cargo observa la Corte:

Se deduce claramente de las actas de las sesiones del Concejo de Medellín en que se trató lo relativo al contrato celebrado con el doctor Moreno; de los informes rendidos por las comisiones encargadas de estudiarlo; de las proposiciones presentadas al respecto, y de las declaraciones rendidas por los concejales Ramón Jaramillo S., Jaime Echavarría, José M. Bernal y Tulio Ospina Pérez, que el Concejo no declaró terminado el contrato porque el doctor Moreno hubiera dejado de cumplirlo, sino por considerar que el Concejo anterior le había usurpado el derecho de celebrarlo.

Obran en autos las diligencias de reconvención practicadas a solicitud del doctor Moreno, antes de iniciar el juicio, con el objeto de exigir al Municipio que cumpliera el contrato.

Consta allí que el doctor Moreno manifestó que había cumplido el contrato y que estaba dispuesto a seguir cumpliéndolo, y no aparece que el representante del Municipio alegara lo contrario. El señor Personero Municipal dijo:

"La entidad que represento no se considera obligada a cumplir el contrato, como quiera que éste está resuelto por las vías legales", y agregó:

"A la luz del Código Civil se trataba de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, pues el doctor Moreno se obligaba a prestar al Municipio sus servicios de abogado en la ciudad de Bogotá, recibiendo en cambio una canti-

dad mensual de ciento cincuenta pesos ($ 150) oro. Después de un estudio detenido de la negociación el H. Concejo Municipal dispuso: "Primero: Dígase al doctor Hernando Moreno que el Municipio de Medellín, en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 2066 del Código Civil, quiere poner fin al contrato celebrado el día veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y cinco, y que, en consecuencia, le da este aviso, en cumplimiento de lo que ordena el inciso 2º de la misma disposición".

"Tal disposición establece que en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales cualquiera de las dos partes puede ponerle fin cuando quiera, avisándolo así con la debida anticipación a la otra parte. El Municipio cumplió ese requisito, como estoy en capacidad de demostrarlo y por eso pongo de presente al doctor Moreno, valiéndome del alto conducto del Juzgado, que entre el Municipio y el distinguido abogado no existe el contrato a que la reconvención se refiere".

"Por otra parte el Municipio no puso fin al contrato por tachas personales a su abogado en Bogotá, sino porque el contrato mismo, tal como estaba concebido, era inconveniente a los intereses públicos, y no se me alcanza cómo pueda haberse inferido perjuicio moral al distinguido doctor Moreno con la conclusión de un contrato en estricto ceñimiento a la ley. Me permito recordarle al doctor Hernando Moreno que el Municipio de Medellín reconoció los honorarios de su abogado en Bogotá hasta el día último de la vigencia del contrato".

Pero existe otra razón que la Corte estima fundamental para desechar el cargo que se analiza, y es que la afirmación hecha por el señor Personero Municipal de que el doctor Moreno no cumplió estrictamente el contrato", envuelve una negativa de carácter indefinido, y entonces correspondía al Municipio demostrar cuáles obligaciones del contrato dejó de cumplir el doctor Moreno.

En consecuencia, se desecha.

4º Queda por examinar el cargo consistente en que no está legalmente probado el contrato sobre que versa el pleito, porque no consta que esté extendido en papel sellado y con las estampillas que ordena la ley.

Tampoco puede prosperar este cargo, por varias razones, a saber:

En autos obra un ejemplar autenticado de la **Crónica Municipal**, "órgano especial del Concejo de Medellín", en que aparece publicado el contrato, lo que obliga a suponer que estaba revestido de las formalidades legales; el contrato, ya se considere como de mandato, ya como de arrendamiento de servicios, es consensual y su existencia puede establecerse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por la ley; el Concejo de Medellín lo declaró terminado, después de haberlo estudiado dos comisiones nombradas al efecto, luego claramente reconoció la existencia de él; y, por último, la no existencia del contrato no fue alegada por los representantes del Municipio en ninguna de las instancias del juicio, por lo cual puede decirse también que esta alegación, hecha al fundar el recurso, constituye un medio nuevo en casación, que no es aceptable. Por tanto, se desecha.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha veintinueve de marzo del año próximo pasado.

No se hace condenación en costas (artículo 576 del C. J.).

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—El Oficial Mayor en propiedad, Emilio Prieto.

ACCION DE NULIDAD DE UNA DILIGENCIA DE ENTREGA Y OTRAS. NULIDADES.

1.—Los motivos de nulidad adjetiva en la ley de procedimiento civil han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. (Artículo 448 C. J.). Destinadas como están las nulidades de que se trata a enmendar defectos de procedimiento en la secuela de los juicios, la ley no autoriza el pedimento de su declaración fuera del juicio en que se haya incurrido en la irregularidad, con la sola excepción de los casos previstos en los artículos 451 y 457 del C. J. Fuera de estas circunstancias y condiciones y de las previstas en el numeral 6º del artículo 520, es improcedente la alegación de las precitadas causales de nulidad, así como alegar nulidades con fundamento en irregularidades no exigidas por la ley como determinantes de invalidación de actuaciones judiciales. Las disposiciones sobre esta materia son de aplicación restricta y no admiten interpretación extensiva ni analógica. — 2.—El hecho de abarcar en una diligencia de entrega de un terreno mayor porción o extensión que la que debía ser materia de aquella, no constituye motivo de nulidad. Muy diferente sería la acción en ese caso, que no la de nulidad, como, por ejemplo, un interdicto posesorio o una acción de deslinde. En manera alguna una demanda de nulidad adjetiva.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

Ante el Juzgado del Circuito del Fresno, por la vía ordinaria, Elías González H. demandó a Emeterio Rodríguez para la reivindicación de varias fincas ubicadas en esa jurisdicción. Esta acción de dominio, sentenciada en segundo grado por el Tribunal de Ibagué, subió a la Corte Suprema en recurso de casación que fue decidido en fallo del 14 de diciembre de 1931, que casó parcialmente la sentencia del Tribunal y condenó al demandado Rodríguez a restituir al actor González un lote de terreno por los linderos que se expresaron.

En ejecución de esta sentencia, el Juzgado del Circuito del Fresno, sentenciador del primer grado del juicio, verificó la entrega de la finca a que se ha hecho referencia, por los linderos señalados en la sentencia, al apoderado del demandante González el día 31 de agosto de 1934.

El 15 de septiembre de 1934, quince días después de verificada la entrega judicial del lote, Emeterio Rodríguez, con fundamento en que en la diligencia de entrega no se había identificado el terreno y se había abarcado en ella mayor extensión de la que correspondía según la sentencia de la Corte, demandó a Elías González ante el mismo Juzgado del Circuito del Fresno, para que en la sentencia definitiva se declarara: que es nula la diligencia de entrega practicada por el Juez del Circuito del Fresno a que se ha

hecho referencia; que, en consecuencia, debe practicarse nuevamente esa diligencia, previo señalamiento de fecha y de acuerdo con las disposiciones de la sentencia de la Corte; que el actor Rodríguez tiene derecho a retener ese lote de terreno hasta tanto se le paguen o aseguren las prestaciones a que tiene derecho según la citada sentencia.

Subsidiariamente pidió que se declarara "que los lotes de terreno marcados con las letras A y C del fallo antes citado" son de propiedad de Emetorio Rodríguez por no estar comprendidos en la restitución que éste debe hacer al demandado Elías González, y como le fueron indebidamente entregados a éste, debe restituírlos dentro de tres días contados desde la ejecutoria de la sentencia; que el demandado debe pagar, a justa tasación de peritos, los perjuicios que sufre el actor con la retención del terreno indebidamente entregado a González, y que debe pagar las costas del juicio.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juzgado del Circuito del Fresno, en sentencia de fecha 16 de junio de 1937, declaró "nula y sin ningún efecto" la diligencia de entrega a que se refiere la demanda; ordenó practicarla de nuevo el día y a la hora que se señale después de la ejecutoria de la sentencia, y negó las súplicas referentes al derecho de retención y a la indemnización de perjuicios.

Contra esta sentencia solamente interpuso recurso de apelación el demandado Elías González, y el Tribunal Superior de Ibagué, en fallo definitivo de segunda instancia, proferido el 25 de octubre de 1938, confirmó la sentencia de primer grado.

El fallo acusado

Nulidad de una diligencia de entrega y derecho de retención, como pedimentos principales, y subsidiariamente reivindicación de unos lotes de terreno e indemnización de perjuicios por el hecho de su retención, constituyen las materias del litigio según la parte petitoria del libelo. Considera la sentencia en primer término la prueba aducida por el actor "para estos casos de disputa sobre límites o términos de lugares o fincas raíces" — inspección ocular con intervención de peritos, realizada en la primera instancia,—y sobre el mérito de esta prueba llega el Tribunal a la certidumbre de que en la diligencia de entrega verificada por el Juzgado del Circuito del Fresno el 31 de agosto de 1934 en ejecución de una sentencia de casación, se incluyó en la entrega mayor extensión de terreno que la que fija la sentencia de la Corte, de donde deduce el sentenciador la nulidad de esa diligencia judicial, declarada en el fallo acusado. Dice a este respecto la sentencia:

"Ya sea que el Juez hubiera obrado con ligereza al proceder a la entrega el 31 de agosto de 1934 o que hubiera procedido a entregar convencido de que se ceñía a lo que legalmente le incumbía, es lo cierto, porque está perfectamente demostrado, que se salió del radio de facultades y que entregó más de lo que podía entregar. Si se excedió, entonces todo lo que salió de sus facultades es nulo.

"Más concretamente: si el Juez del Fresno obró en el día últimamente nombrado en ejecución de lo ordenado por la Suprema Corte, no podía hacer entrega de otra cosa que del lote B circunscrito por los linderos que al mismo lote le asignó la sentencia. Si en el terreno resultó separado de esa norma porque no se cercioró de que los puntos correspondían en realidad a los que reza el fallo, lo que haya entregado de más no tiene respaldo en el mismo fallo. Porque si éste fue el que le dio jurisdicción para la entrega, hecha fuera de ese mandato del Superior jerárquico tiene que quedar sin efecto. No puede olvidarse que si es nulo lo que un comisionado hace fuera de los términos de la comisión, por usurpación de jurisdicción (artículo 135, Código Judicial), con mayor razón tiene que serlo lo hecho a espaldas del Superior, pero pretextan-

do el cumplimiento a lo ordenado por éste".

Por lo que hace al derecho de retención pedido por el actor, declara la sentencia que carece de fundamento legal, porque el lote sobre que pretende ejercerlo no está en su poder y sería ilógico decretar una retención de lo que no se tiene, y en cuanto a los perjuicios impetrados por razón de haber retenido el demandado González el exceso entregado, los niega el Tribunal por considerar que en eso fue amparado el reo por una ligereza de la autoridad que no tiene por qué comprometer su responsabilidad personal.

El recurso

El recurso de casación oportunamente interpuesto por el demandado Elías González contra la sentencia definitiva del Tribunal y que legalmente admitido y tramitado se decide hoy, se funda en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del C. J., esto es, violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida y mala interpretación y como consecuencia de errónea apreciación de las pruebas.

Al considerar las razones en que apoya el recurrente sus acusaciones por violación legal contra la sentencia, encuentra la Corte fundado el primer cargo formulado en la breve demanda de casación, y por esto, dentro de la atribución concedida por el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil, reduce a éste el estudio que ha de hacer para infirmar el fallo acusado.

Sintetizándola, la acusación se hace consistir en que el Tribunal de Distrito Judicial de Ibagué quebrantó en forma directa las disposiciones del Capítulo 7º, Título 12, Libro 2º del C. J., que consagran y regulan taxativamente las nulidades procedimentales, especialmente el artículo 448 de allí, que las enumera, al decretar la nulidad de la diligencia judicial de entrega verificada por el Juzgado del Circuito del Fresno a que se ha hecho referencia, con el motivo de haberse abarcado en ella mayor extensión de tierra del demandante Rodríguez, como si esta circunstancia, ni aun en el caso de ser cierta, constituyera un motivo legal de nulidad adjetiva, y como si ésta, en los casos de la ley, pudiera ser reclamada y declarada en juicio distinto del en que se incurrió en la irregularidad que la determina, según se desprende de los artículos 456 y 457 del C. J.

La Corte considera:

De acuerdo con los términos de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 14 de diciembre de 1931, en el juicio ordinario de dominio de unos lotes de terreno seguido por Elías González contra Emeterio Rodríguez, a que se hizo referencia al principio de esta decisión, lo que el demandado debía entregar al señor era un bien inmueble cuya ubicación y linderos se expresaron determinadamente; de tal modo que la ejecución de esta resolución judicial, al tenor del artículo 551 del C. J. que prevé el caso de que a virtud de una sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, consistía en poner al demandante González en posesión material de la finca, sin necesidad de nuevo juicio, mediante una simple diligencia judicial, la culminante del pleito de reivindicación, para lo cual era legal y privativamente competente el Juez del Circuito del Fresno por haber éste conocido del asunto en primera instancia (artículo 550, C. J.) La diligencia de entrega, pues, a que se refiere la sentencia es la parte de una actuación judicial referente a la ejecución de una sentencia, y la jurisdicción del Juez del Circuito del Fresno para llevarla a cabo está determinada en la ley, lo cual se advierte para rectificar la idea del Tribunal de que el Juez de primer grado procedió por orden o comisión de la Corte Suprema, cosa distinta desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas de su cumplimiento.

La ley ha determinado precisa y taxativamente las irregularidades procedimentales capaces de invalidar las actua-

ciones judiciales, teniendo en consideración la necesidad de evitar la incertidumbre de los derechos civiles y de rodear de seguridades la autoridad de la cosa juzgada. De este modo, con criterio progresivamente restrictivo, han quedado reducidos los motivos de nulidad adjetiva en la ley de procedimiento civil a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. Estas causales de nulidad, enumeradas en el artículo 448 del C. J. como generales para toda clase de juicios, constituyen, junto con las previstas especialmente para el juicio ejecutivo en el artículo 451 del mismo código, los únicos motivos legalmente capaces de determinar o producir la invalidación de las actuaciones judiciales.

Por otra parte, destinadas como están las nulidades de que se trata a enmendar defectos de procedimiento en la secuela de los juicios, la ley no autoriza el pedimento de su declaración fuera del juicio en que se haya incurrido en la irregularidad, con la sola excepción de los casos previstos en el artículo 457 del C. J., en que se autoriza a la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, para que pueda pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste, o para que oponga la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia, o en el caso del número 2º del artículo 451, ibídem, cuando ha sido aprobado el remate, caso en el cual la nulidad no podrá alegarse sino en juicio distinto. Fuera de estas circunstancias y condiciones y de las previstas en el numeral 6º del artículo 520 de la ley 105 de 1931, que erige en motivo de casación el haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 de la citada ley, es improcedente la alegación de las precitadas causales de nulidad, lo mismo que improcedente es alegar nulidad con fundamento en irregularidades no erigidas por la ley como determinantes de invalidación de actuaciones judiciales. Las disposiciones sobre esta materia son de aplicación restricta y no admiten interpretación extensiva ni analógica.

La irregularidad que en esta vez se señala y alega como determinante de la nulidad impetrada en la demanda, se hace derivar, según la afirmación inequívoca del actor, en el hecho de haberse entregado a la parte victoriosa en el pleito en que se cumplió la diligencia judicial que se pretende invalidar ahora más terreno del que la sentencia respectiva dispuso entregar. Esta supuesta extralimitación del Juez al ejecutar la sentencia definitiva del juicio reivindicatorio es el fundamento de hecho expresado como causa para pedir la invalidación de la actuación judicial a que se ha hecho referencia. Bien claro se ve, confrontando esta circunstancia constitutiva de la causa petendi, con el elenco legal de las causales de nulidad, que el Tribunal tuvo que omitir la aplicación de las reglas invariables sobre nulidad adjetiva contenidas en las disposiciones citadas por el recurrente, de incuestionable naturaleza sustantiva, para decretar la nulidad de una diligencia judicial por un motivo no catalogado entre las irregularidades capaces de producir este efecto y a través de un juicio distinto del en que se pretende consumado el error procedimental. La infracción de la ley en que de esta manera incurrió la sentencia la coloca, pues, bajo los efectos de la casación. La ley no da fundamento para decretar una nulidad por el motivo referido en la demanda inicial de este pleito, porque aunque pudiera aceptarse, de tenerse por probado, que el hecho de abarcar en la diligencia judicial de entrega de un inmueble en ejecución de una sentencia mayor extensión que la determinada en el fallo, constituye una irregularidad en el terreno legal, de ella no se puede hacer desprender sin embargo la invalidación de lo actua-

do, porque éste no es el efecto que la ley le señala, ya que bien sabido es que no toda irregularidad, por el hecho de serlo, determina nulidad. Puede ocurrir el caso de que la diligencia de entrega de un predio quede viciada de nulidad, por incompetencia de jurisdicción del Juez para el cumplimiento de tal acto, o por extralimitación de funciones en el caso de comisión, por ejemplo, pero en tal caso, como lo ordena la ley, es indispensable que el pedimento de nulidad sea formulado dentro del juicio mismo, y no en uno distinto, por tratarse de una actuación judicial.

Refiérese en el acta de la diligencia de entrega de que se trata, presentada con la demanda, que Emeterio Rodríguez se opuso en ese acto a que se verificara la entrega del inmueble "porque no está identificado el lote que reivindica don Elías González y porque considera que liquidadas las prestaciones mutuas le queda un saldo a su favor y el derecho de retención", pero tal oposición fue rechazada por el Juez del Circuito del Fresno con fundamento en el artículo 552 del C. J. que no autoriza la oposición de las personas a quienes perjudica el fallo que se ejecuta. En estas condiciones, la vía legal para remediar la irregularidad que se pretende consumada por falta de identificación de la finca entregada, por considerársele de mayor cabida a pesar de la identidad de los linderos, no puede ser la de nulidad del procedimiento, sino otra en que se plantee una especie de revisión para demostrar hechos generantes de derechos sustantivos que hayan sido desconocidos, como los interdictos posesorios o una acción de deslinde, según las circunstancias del caso. De acuerdo con los datos y modalidades que ofrece el expediente parece que el hecho original de este proceso enmarca mejor un caso de confusión de linderos entre dos predios o lotes contiguos que daría base y oportunidad para una acción de deslinde, pero en manera alguna para una demanda de nulidad adjetiva.

Da testimonio, en efecto, el acta de la diligencia de entrega judicial practicada por el Juez del Circuito del Fresno el 31 de agosto de 1934, traída en copia auténtica a estos autos, que el Juzgado, en ejecución de la sentencia de casación, hizo entrega de la finca por los mismos linderos que reza el fallo que ordenó la entrega en el juicio de reivindicación de Elías González contra Emeterio Rodríguez. Se lee allí: "Hecha como está la identificación de la finca materia de la entrega, se procedió a dar al doctor Luis Enrique Sáiz Ramírez, en su carácter de apoderado del demandante señor Elías González H., la posesión del caso, real y material, lo que así se verificó, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y dando el nombrado doctor Sáiz Ramírez por recibida la finca por los siguientes linderos (los mismos de la sentencia de la Corte, traída también en copia auténtica al proceso). El apoderado del señor Elías González dejó la siguiente constancia: que es atrevida, por decir lo menos, la afirmación del vocero de los señores Orozco y Rodríguez, de que no se ha hecho la identificación del lote cuya entrega ha ordenado la Corte Suprema de Justicia, pues la realidad es la de que el personal del Juzgado y los interesados han cumplido lo que les ordena la ley al respecto recorriendo el lote que se ha entregado por sus linderos y de acuerdo con las constancias que existen en el proceso".

Singularizado el inmueble por su alinderación especial, la validez de la entrega que de acuerdo con estos términos se llevó a cabo por la autoridad competente, no merece ningún reparo legal. La pretensión de mayor o menor cabida o extensión del lote entregado con referencia a otro contiguo o limítrofe debida a confusión de linderos o a falta de suficiente determinación de ellos, es cosa que saca la consideración de este negocio del terreno en que lo ha planteado la demanda. Y desde este punto de vista, improcedente por no estar autorizado por el planteamiento de la litis, fue considerado por el Tribunal al referirse a "la prueba adecua-

da para estos casos de disputa sobre límites o términos de lugar o fincas raíces", y como se desprende del siguiente pasaje de la sentencia acusada en que se ve que la decisión del punto está vinculada a la aclaración de una línea limítrofe: "El 4 de septiembre de 1936 el señor Juez del Circuito del Fresno asesorado por peritos, y con la concurrencia de los apoderados de las partes practicó un reconocimiento sobre el terreno del litigio. Empezó por darle lectura así a los linderos que demarcan el lote de terreno entregado por el Juez del Circuito del Fresno el 31 de agosto de 1934, como a los de la parte resolutiva del fallo de la Corte motivo de la entrega aludida. En acto continuo procedió a hacer verificaciones sobre el terreno, oyendo testimonios respecto de ciertos puntos. Leyendo esa diligencia resalta la dificultad para que hubiera podido cerciorarse y para que hubiera adquirido un convencimiento de que la cosa inspeccionada es la misma a que hacen referencia el acta de la entrega cuestionada y el fallo de la Corte que con tal entrega se quiso ejecutar. En efecto: buscó el señor Juez en la diligencia del 4 de septiembre de 1936 el alto de El Guineo como punto de partida del reconocimiento, y de los testigos allí llevados hubo unos, como Antonio Ocampo, Antonio Díaz Parra, Simplicio Gutiérrez y Nemesio Díaz que se manifestaron ignorantes de la existencia del alto de El Guineo. Buscaba el señor Juez, seguramente, los límites internos, o pudiera decirse la ubicación intrínseca del terreno materia de la discusión. Los testigos auxiliares para esa búsqueda tenían que resultarle deficientes al personal inspector, puesto que no le daban la necesaria luz respecto del punto de partida, punto que al mismo tiempo es el terminal de la alinderación. Los peritos debieron sin embargo haber adquirido una información completa sobre la identidad entre el alto de El Guineo que se buscaba con el de El Guineal que se les mostró, y que correspondía con la topografía del terreno, para sacar las deducciones, que desde entonces sacaron, y de las cuales la más interesante es la de que la entrega hecha el 31 de agosto de 1934 abarcó en el terreno más de lo que la sentencia ordenó entregar...."

Apenas hay necesidad de advertir que este aspecto de la cuestión, como problema de deslinde, no está sometido a la decisión de este litigio, en que solamente se ha planteado la cuestión de hecho a que se ha hecho referencia como determinante de una nulidad procedimental, según los pedimentos inconfundibles de la demanda.

De las consideraciones que se llevan expuestas se desprende a la vez el fundamento para casar la sentencia acusada y la motivación de la resolución que en su reemplazo ha de dictar la Corte, absolutoria del demandado.

Bajo el número 4º de los pedimentos de la demanda y como súplica subsidiaria, solicita el demandante que se declare "que los lotes de terreno marcados con las letras A y C del fallo antes citado, son de propiedad de mi mandante Emeterio Rodríguez por no estar comprendidos en la restitución que éste debe hacer al demandado Elías González H., y como le fueron indebidamente entregados a éste, debe restituírlos a mi poderdante dentro del término de tres días de ejecutoriada la sentencia respectiva".

En relación con esa petición subsidiaria, contentiva de una acción de dominio, no ofrece el proceso los elementos indispensables para su consideración y estudio. Hace falta, en efecto, desde la singularización de los lotes que se pretenden reivindicar, para lo cual sólo se hace referencia a lotes marcados con las letras A y C pero sin linderos ni relación de planos ilustrativos que no figuran en el expediente, hasta la prueba de su dominio, sobre lo cual nada estableció ni alegó el actor a lo largo del juicio, que redujo en realidad a plantear y sostener la tesis de la nulidad de que atrás se habló.

Y finalmente, por lo que hace a las peticiones sobre derecho de retención e indemnización de perjuicios, consignados en los puntos 3º y 5º del libelo de la demanda, se observa que habiendo sido estos extremos materia de negación expresa en la sentencia del primer grado contra la cual no recurrió el demandante, su consideración está fuera del alcance jurisdiccional de este recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha 25 de octubre de 1938, y revocando la de primera instancia proferida por el Juzgado del Circuito del Fresno de fecha 16 de junio de 1937, falla este pleito así:

No hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda. Absuélvase, por tanto, al demandado de todos los cargos formulados en ella.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — El Conjuez, José Arturo Andrade — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DESIERTO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En el juicio sucesorio de Aurelio Avellaneda, cursante en el Juzgado 8 Civil de este Circuito, se dictó el día 4 de agosto de 1939 sentencia aprobatoria de la partición rehecha de acuerdo con proveído anterior del Juzgado en que se declararon probadas algunas objeciones formuladas a la cuenta de partición por algunos de los interesados en el juicio. Recurrido este fallo del Juzgado por el apoderado de Rafaela Torres de Cifuentes y María del Carmen Acosta de Cuestas, dos de los interesados objetantes, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia del 29 de noviembre de 1939, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Contra la decisión definitiva de segunda instancia, aprobatoria de la partición hereneial, interpusieron oportunamente recurso de casación los mismos interesados que se alzaron contra la sentencia del primer grado, recurso que admitido por la Corte en providencia del 26 de abril del año en curso ha sido sometido a la tramitación legal hasta ordenar el traslado a la parte recurrente para que fundara su recurso, cosa que se hizo en auto de 10 de mayo de este año. A disposición del recurrente los autos desde el día 14 del mes precitado, ha vencido el término legal del traslado, inclusive el del aumento que concede al artículo 374 del C. J., sin que se haya hecho uso de él, según lo certifica el informe de la Secretaría en nota que antecede.

En esta situación, es procedente dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 532 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual la Corte Suprema, en 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 interpuesto por el apoderado de Rafaela Torres de Cifuentes y por María del Carmen Acosta de Cuestas contra la sentencia definitiva de segunda instancia proferida por el Tribunal de Bogotá el día veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en el juicio sucesorio de Aurelio Avellaneda, por medio de la cual se aprobó la partición hereneial.

Las costas, si las hubiere, son de cargo del recurrente.

Notifíquese y oportunamente devuélvase el negocio al Tribunal de origen.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Ricardo Hinestrosa Daza — Isaías Cepeda — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

TESTAMENTO VERBAL

1. En general un acto solemne no es válido cuando falta una siquiera de las solemnidades requeridas por la ley para su validez y lógicamente no cabe reputarlo inválido sólo para ante el autor de esa falta y válido para los demás. — 2. La citación de los interesados a que alude el artículo 1094 del Código Civil no debe entenderse en el sentido de que el Juez sepa de interesados distintos de los que aparezcan como tales en la documentación que se le presente y en las declaraciones que se rindan, y por lo que se refiere a la persona que promueve esas diligencias no puede exigírsele tampoco que formule el elenco de todos los posibles interesados como acreedores, herederos AB INTESTATO, etc., del difunto, con indicación de los datos necesarios para su citación judicial. La naturaleza y fines inmediatos de esa diligencia se oponen a interpretar con semejante alcance la orden de citación de que habla el artículo 1094 del C. C., y al propio tiempo autorizan o conducen a conceptuar que esa citación no lleva en sí el carácter de solemnidad. — 3. Cuando en un testamento verbal ordena hacer unos pagos el testador y declara que el resto debe ser para determinada persona, esta última declaración equivale a una institución de heredero ante los artículos 1156 y 1157 del Código Civil. Que frecuentemente mencione el testador algunos de sus bienes y aun todos ellos y que en ocasiones los inventarie, por decirlo así, al testar, no es razón para sostener que sólo procediendo en esta forma le sea posible disponer de ellos en todo o en parte o entenderse que dispone. — 4. El artículo 1092 del C. C. no se refiere en forma tan severa y restringida al peligro de que habla como para considerarlo en sí mismo o a la luz de un análisis ulterior y frío y ajeno, sino que se limita a exigir que PAREZCA no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne. De ahí que, sorteando las dificultades de uno y otro orden, si requiere sólo que aquello PAREZCA, al propio tiempo fija un plazo de 30 días, pasados los cuales sin haber fallecido el testador, "el testamento verbal no tendrá valor alguno". (C. C., artículo 1093). La Corte refrenda el concepto expresado en una de sus sentencias anteriores, según el cual "el artículo 1092 del C. C. no exige para que pueda procederse al otorgamiento del testamento verbal que no haya tiempo o modo de otorgar testamento solemne, sino que por la inminencia del peligro de muerte en que se halle el testador, PAREZCA que no haya cómo ni cuándo extender ese testamento". — 5. El objeto del artículo 1094 del C. C. es que el Juez se cerciore de que esa forma privilegiada de testar estuvo autorizada o fue procedente; de suerte que si en un proceso aparecen acreditadas fehacientemente esas circunstancias, no valdría como objeción el hecho de que al recibirse las declaraciones de los testigos instrumentales no se hubiera dejado constancia expresa al respecto.—6. Una cosa es no haber visto ni oído lo que otro sí vio y oyó, y cosa muy distinta es contradecir o negar que sucediera lo afirmado por el que dice haber visto y oído. Cuando se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el Juez procede como para tal caso establece el artículo 702 del C. J. 7. La locura, en su caso, no puede dar-

se por probada con el mero dicho de testigos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Como apoderado de Aparicio y Carmen Cruz y en nombre propio entabló Ramón Jaramillo demanda ordinaria contra Alfonso M. Velásquez a fin de que se declare que la sucesión de Maximiliano Carrillo es intestada, que no otorgó testamento verbal el 29 de noviembre de 1935 y que es nulo el auto del Juzgado 1º del Circuito de Sopetrán de 29 de enero de 1936 que acogió como tal testamento lo declarado por los testigos que depusieron en el sentido de haberlo dictado Carrillo.

En ese juzgado se siguió la primera instancia y su sentencia hizo esas declaraciones el 29 de marzo de 1937. Apelada por Velásquez, se surtió la segunda instancia en el Tribunal Superior de Medellín, cuyo fallo de 31 de mayo de 1938, revocando aquél, las niega. Contra la sentencia de segunda instancia la parte actora interpuso casación, recurso que el Tribunal concedió tras de discusión tan dilatada sobre avalúo de la cuantía, que en la Corte no se repartió este asunto hasta el 27 de enero de 1940.

Admitido aquí el recurso y tramitado debidamente, debe ya decidirse.

Antecedentes. Enfermo Carrillo de gravedad en su casa de campo, al ver allí en la tarde de dicho 29 de noviembre a Velásquez, deplora no haber otorgado testamento ante Notario y manifiesta su voluntad de que, una vez satisfechas sus dos pequeñas obligaciones que expresa al efecto y pagados los gastos de su enfermedad, todos sus bienes sean para Velásquez, su hijo natural. Así lo declararon los tres testigos que aparecen como instrumentales ante aquel Juez, una vez que muerto Carrillo el 12 del subsiguiente diciembre y reanudadas las tareas judiciales, a él se acudió con tal fin, o sea, con el que la ley llama "poner por escrito" el testamento.

La providencia proferida de 29 de enero de 1936 contiene en primer lugar una enumeración de los documentos acompañados por Velásquez y su curador ad litem y un resumen de lo declarado por los testigos aludidos acerca de Carrillo y su identidad personal, la circunstancia de estar gravemente enfermo en su casa de campo del paraje llamado La Cal, con tifoidea y bronconeumonía; la de que tenía a Velásquez por su hijo natural en la persona de Encarnación Velásquez; la de que al llegar este joven a la casa de Carrillo en la tarde de dicho 29 de noviembre le dijo Carrillo que no podría otorgar testamento en su favor por falta de lugar para llamar al Notario, que manifestó su voluntad en ciertas disposiciones y que cuando las hizo estaba en su sano juicio y "se daba cuenta de todo y expresamente manifestó su intención de testar".

En seguida el Juez cita los preceptos pertinentes (artículos 1089 y ss. del C. C.) y en la parte resolutiva de la providencia que se viene citando, después de trascribir las disposiciones aludidas, manda que valgan como testamento del difunto y que se protocolice como tal su decreto. Esas disposiciones rezan así: "Que su voluntad era que después de pagarle veinticuatro pesos a Julio Bedoya y veinticinco pesos a Pedro Sánchez, con la novilla que Velásquez escogiera, y los gastos de su enfermedad, los bienes que quedaran o lo que quedara sería para su hijo natural Alfonso M. Velásquez, y que encargaba a sus parientes que le dieran su firma".

El Tribunal en su fallo hoy recurrido estudió el caso superficialmente, limitándose a rebatir los que consideró argumentos fundamentales de la sentencia de primera instancia, a saber: no haberse citado a los interesados en las diligencias seguidas para poner el testamento por escrito y no haber repetido los testigos textualmente las palabras del testa-

dor. Sobre esto último dijo el Tribunal que no hay palabras sacramentales y que lo aseverado uniformemente por los testigos instrumentales establece fehacientemente cuál fue la voluntad de Carrillo; y sobre lo primero advirtió que los interesados no pierden su derecho de impugnar por haberse omitido su citación y, además, que esta omisión del Juez, si es que se considera que la hay, no puede recaer con sus consecuencias sino sobre él desde el punto de vista de su responsabilidad.

La Corte observa desde luego a este respecto: de un lado, que en general un acto solemne no es válido cuando falta una siquiera de las solemnidades requeridas por la ley para su validez, y que lógicamente no cabe reputarlo inválido sólo para ante el autor de esa falta y válido para los demás; y de otro lado, que efectivamente tal citación de interesados no cabe entenderla en el sentido que la entendió el Juez y le corrigió el Tribunal, puesto que, por lo que hace al funcionario ante quien se acude para poner por escrito un testamento verbal, no puede exigírsele que sepa de interesados distintos de los que aparezcan como tales en la documentación que se le presente y en las declaraciones que se rindan, y por lo que hace a la persona que promueve esas diligencias no puede exigírsele tampoco que formule el elenco de todos los posibles interesados como acreedores, herederos ab intestato, etc., del difunto, con indicación de los datos necesarios para su citación judicial. La naturaleza y fines inmediatos de esas diligencias se oponen a interpretar con semejante alcance la orden de citación de que habla el art. 1094 del C. C., y al propio tiempo autorizan o conducen a conceptuar que esa citación no lleva en sí el carácter de solemnidad.

Se anticipan estas reflexiones por su estrecha relación con los cargos formulados por el recurrente en su demanda sustentatoria del presente recurso.

Se pasa a estudiarlos en el mismo orden que los formula:

I. Uno de los testigos (Pedro Sánchez) aparece por el mismo dicho de Carrillo como acreedor de éste por $ 25, por lo cual, no habiendo testimonio de su crédito, ni siquiera principio de prueba por escrito, debe considerarse legatario, de conformidad con los artículos 1120 y 1191 del C. C., de donde se deduce inhabilidad para ser testigo de acuerdo con el numeral 17 del artículo 1068 ibidem. Añade que hay, por lo mismo, parcialidad en el testigo y la consiguiente tacha ante el artículo 669 del C. J.

Basta tener presente que se trata de un testamento privilegiado, para reconocer que el cargo es inadmisible, puesto que el artículo 1088 de esa obra sólo requiere que el testigo sea de sano juicio, mayor de 18 años y vea, oiga y entienda al testador, y se refiere a las inhabilidades del artículo 1068 para mantener únicamente la de su numeral 8º, o sea, sentencia penal del alcance allí indicado.

II. Habiéndose limitado a ordenar unos pagos y decir que lo que quedara sería para su hijo, no puede entenderse que Carrillo testara, porque en ello no hay disposición sobre bienes y es de la esencia del testamento que se disponga de todo o parte de éstos, según el artículo 1055 del C. C.

Salta a la vista lo infundado del cargo. Al decir Carrillo que lo que quedara fuera para Velásquez, lo instituyó heredero, sobre lo cual no cabe duda ante los arts. 1156 y 1157 de esa obra.

Que frecuentemente el testador menciona algunos de sus bienes y aun todos ellos y que en ocasiones los inventarie, por decirlo así, al testar, no es razón para sostener que sólo procediendo en esta forma le sea posible disponer de ellos en todo o en parte o entenderse que dispone. Por lo que hace al presente caso, basta ver que Carrillo ordenó los aludidos pagos y en seguida dijo que lo que quedara sería para su hijo natural Alfonso M. Velásquez. Difícil idear un acto más netamente dispositivo.

III. El artículo 1089 de ese Código exige que el testador declare su intención

de testar, y de ésta no hay expresión alguna de él en lo que los testigos deponen.

Para reconocer que este cargo es también inadmisible, basta recordar cómo acontecieron los hechos pertinentes. En la tarde del 29 de noviembre al llegar Velásquez al lecho de enfermo de Carrillo deplora éste no haber arreglado sus cosas ante Notario, y en seguida, tras de ordenar unos pagos, dispone del resto de sus bienes asignándoselos como heredero, según queda visto, a aquél. Si dispone de los bienes para después de sus días implica que quien tal hace está testando, es evidente que quien a aquello procede está declarando inequívocamente con ese hecho mismo su voluntad de testar, sin que para reconocerlo así sea óbice el que los testigos no recojan en sus recuerdos las palabras de esa persona anunciadoras de que va a expresar su última voluntad. Si los hechos mismos se encargan de demostrarlo incuestionablemente, no puede el sentenciador negarse a ver que esa voluntad existió, a pretexto de que no se anunció con tales o cuales frases o de que el anuncio no se anotó después en las declaraciones de los testigos. De resto, como ya se vio, por lo que respecta al caso presente, el Juez al establecer cuál fue el testamento de Carrillo, en la motivación de su citada providencia hace figurar la circunstancia de que los testigos dijeron que Carrillo había expresado su voluntad de testar.

IV. El artículo 1091 de dicho Código establece que en el testamento verbal el testador hace sus declaraciones y disposiciones de viva voz, de manera que todos lo vean, oigan y entiendan, y el art. 1072 dice que lo que constituye esencialmente el testamento abierto es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos. El recurrente dice que Carrillo no formuló disposiciones porque se expresó en forma condicional, lo que aquél interpreta así: Carrillo dijo que si hubiera podido testar ante Notario sus bienes serían para su hijo, y esto vale como decir que nada dejaba a su hijo por no haber llamado al Notario.

Esta interpretación riñe con la realidad y ante todo con el contexto mismo de las palabras de Carrillo afirmadas uniformemente por los tres testigos instrumentales. La relación de anterioridad con que éstos reproducen las palabras de aquél proviene de que ellos declaran en enero sobre lo que Carrillo había dicho en noviembre. Así, el empleo de copretéritos y postpretéritos es motivado por esa forma de redacción al declarar. Si la intención de Carrillo hubiera sido simplemente la de lamentarse sobre lo que podría haber hecho y no hizo, carecerían de sentido, alcance y aun razón de ser sus referidas disposiciones formuladas acto continuo de esa lamentación. En primer lugar reconoció y mandó pagar ciertos créditos; mal puede entenderse que ese reconocimiento y orden fuesen condicionales, tan sólo porque los testigos al deponer al respecto se valgan de las formas verbales aludidas y no del presente de indicativo. En segundo lugar, formuló Carrillo lo que se ha visto es institución de heredero. En tercer lugar formuló el encargo, que mal podría considerarse como condicional, de que sus parientes diesen su firma a Velásquez, con lo que expresaba la súplica a éstos de que lo ayudasen en lo sucesivo en esta forma en sus negocios. No es posible, pues, acoger la opinión del recurrente sobre que Carrillo, en vez de disponer, se limitó a deplorar no haber dispuesto.

V. El artículo 1092 del C. C. requiere para el testamento verbal "peligro tan inminente de la vida del testador que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne". El recurrente dice que sí hubo ese modo y ese tiempo, por lo cual el verbal no cupo, y de aquí deduce el correspondiente cargo, advirtiendo que éste es procedente aún en el supuesto, que él niega, de haber habido efectivamente testamento verbal.

Carrillo, como toda persona, bien podía haber otorgado testamento solemne en el decurso de su vida anterior, sin necesi-

dad de peligro cercano de morir, y prudentemente pudo aprovechar el intervalo entre la bronconeumonía y la fiebre tifoidea aludidas y escuchar la voz de alarma dada por aquélla; pero todo esto es muy distinto de lo pertinente dentro de este proceso, que es tan sólo su situación en la tarde del 29 de noviembre de 1935. Ni los demandantes mismos niegan que esa tarde estaba gravemente enfermo; más todavía: afirman que para entonces estaba perdido. Tan grave sería la enfermedad y tan inminente el peligro, que a los pocos días murió.

La ley no se refiere a ese peligro en forma tan severa y restringida que obligue a considerarlo en sí mismo a la luz de un análisis ulterior y frío y ajeno, sino que se limita a exigir que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne. De ahí que, sorteando las dificultades de uno y otro orden, si requiere sólo que aquello parezca, al propio tiempo fija un plazo de 30 días, pasados los cuales sin haber fallecido el testador, "el testamento verbal no tendrá valor alguno". (C. C., art. 1093).

Si el artículo 1092 se entendiera como el recurrente pretende, se suprimiría o poco menos el recurso de otorgar testamento de esta clase, ya porque a toda persona puede cobrársele, por decirlo así, el no haber testado con plenas solemnidades antes de sobrevenirle enfermedad alguna o de presentársele el menor peligro de muerte, ya porque es sencillo imaginar que dentro o cerca de la cabecera de un Circuito notarial siempre habrá, o extraño será que no haya, forma y tiempo de acudir al Notario, ya porque en lo general los peligros, por graves que sean, se tienen por leves o se niegan al mirarlos retrospectivamente, ya porque a cada cual puede y suele parecerle excesivo el temor ajeno.

Puede haber razones más o menos poderosas para censurar la extensión dada por la ley al privilegio de que se viene hablando, puede haberlas contra éste mismo; pero mientras la ley autorice a otorgar testamento verbal cuando parezca que no hay modo o tiempo del plenamente solemne por el peligro inminente de la vida del testador, el sentenciador no puede menos de aplicarla y ajustar a ella sus fallos.

Sobre este tópico no puede menos de citarse la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 3 de septiembre de 1925 (G. J., Tomo XXXI, páginas 361 a 366).

Allí la Corte acoge el concepto del fallo recurrido, tras de estudio detenidísimo sobre las innovaciones que ha ido sufriendo el principio consignado en lo que hoy es el artículo 1092 de nuestro Código. Allí se lee: "Tal artículo no exige para que pueda procederse al otorgamiento del testamento verbal que no haya tiempo o modo de otorgar testamento solemne, sino que por la inminencia del peligro de muerte en que se halle el testador, parezca que no haya cómo ni cuándo extender este testamento". La Corte refrenda este concepto analizando el proyecto del Código Civil español de 1851, cuyo artículo 572 exigía que ese peligro se debiese a un ataque o accidente repentino; cita al comentador Manresa y Navarro, quien llama la atención hacia la diferencia de ese artículo 572 con el 697 del proyecto de 1882 que amplía el precepto al hablar de que ese peligro provenga de enfermedad grave; pasa de ahí al artículo 700 del Código Civil español, que da campo genérico para ello en habiendo peligro de muerte, pero exigiendo que sea inminente, y llega a nuestro art. 1092 para reconocerle el sentido que queda precisado en el párrafo que acaba de transcribirse.

VI. El artículo 1094 del C. C. exige que los testigos declaren sobre las circunstancias que hicieron creer que la vida del testador se hallaba en peligro inminente, y de aquí deriva el recurrente otro cargo, por no haber declarado los testigos sobre esas circunstancias.

Tampoco es admisible. En primer lugar, los testigos sí declararon sobre ellas. En segundo lugar, figura también en ese sentido el testimonio del médico de cabe-

cura. Por otra parte, el objeto de esa exigencia de la ley es que el Juez se cerciore de que esa forma privilegiada de testar estuvo autorizada o fue procedente; de suerte que si en un proceso aparecen acreditadas fehacientemente esas circunstancias, no valdría como objeción el hecho de que al recibirse las declaraciones de los testigos instrumentales no se hubiera dejado constancia expresa al respecto. Aquí, repítese, sí declararon sobre ellas y, además, éstas se hallan plenamente comprobadas. Conviene recordar que Carrillo murió a los pocos días.

VII. Como cargo que fuese valedero en casación por sí mismo sin necesidad de completarlo con lo que verdaderamente es motivo, o sea, violación de determinada disposición sustantiva, formula el recurrente el de apreciación errónea de las pruebas, el que hace consistir en que varios de los testigos traídos por el demandado al juicio con el fin de corroborar el dicho de los testigos instrumentales, manifiestan no haber visto ni oído lo que los instrumentales declaran.

Se anota desde luego que una cosa es no haber visto ni oído lo que otro sí vio y oyó, y cosa muy distinta es contradecir o negar que sucediera lo afirmado por el que dice haber visto y oído. Cuando se presentan exposiciones de varios testigos contradictorios entre sí, el Juez procede como para tal caso establece el artículo 702 del C. J. Por lo que acaba de decirse, bien se ve que tal caso no es el presente.

Aunque esta simple reflexión bastaría, conviene anotar también que esos otros testigos fueron citados en este juicio ordinario a petición del demandado, sin duda por la esperanza de éste de que, habiendo estado ellos en casa de Carrillo en su enfermedad, vinieran a corroborar lo afirmado por los testigos instrumentales. Si esa esperanza le falló porque aquellas personas no estaban ahí entonces, o estando no se percataron de que Carrillo al llegar su hijo procedió a testar, o no oyeron lo que éste disponía, de nada de eso se deduce infirmación de lo dicho uniformemente por los tres testigos instrumentales. Y el artículo 1090 del C. C. se satisface con este número de testigos y a la conformidad en el dicho de ellos defiere el artículo 1096 in fine del mismo.

VIII. Según el artículo 1061 de esa obra es inhábil para testar el que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa. Se deduce de aquí otro cargo, en cuanto algunos testigos afirman que Carrillo antes de ser trasladado de su casa de campo a Sopetrán se encontraba loco por obra de la fiebre tifoidea que lo mató.

El cargo es inaceptable, tanto porque la locura, en su caso, no pueda darse por probada con el mero dicho de testigos, cuanto porque, aunque la prueba testimonial bastase, la de que aquí se trata es sobremanera deficiente, aún en sí misma, entre otras razones por la de que en el lapso indefinido "antes de traerlo a Sopetrán", no hay precisión bastante para dar por incluída en él la tarde del 29 de noviembre. Es de advertirse que medió tiempo entre esa tarde y el traslado antedicho. Además, varios testigos afirman el sano estado mental de Carrillo aquella tarde y que fue desde el día siguiente cuando ya cayó en inconciencia; y el médico que lo asistió habla de los accesos de enajenación que por momentos produce esa enfermedad en las alzas de temperatura y que pasan al bajar la fiebre, lo que explica los ocasionales arrebatos que con anterioridad al 29 de noviembre le observaron algunos de los testigos.

En suma: no acogió el Tribunal el testamento aquí cuestionado con prescindencia de las solemnidades exigidas por la ley, según queda visto al analizar los cargos formulados en la demanda de casación, la que analiza el fallo recurrido ante cada uno de los artículos pertinentes del Código Civil.

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO EJECUTIVO — QUE DERECHOS PUEDEN RENUNCIARSE Y CUALES NO — PUEDEN RENUNCIARSE LAS FORMALIDADES DE QUE TRATAN LOS ARTICULOS 1037 Y 1038 DEL CODIGO JUDICIAL

Las formalidades de que tratan los artículos 1037 y 1038 del Código Judicial tienen un incuestionable carácter de normas protectoras de derechos secundarios y personales de evidente naturaleza privada y, por consiguiente, válidamente renunciables por sus beneficiarios. No se quebranta con su renuncia ninguna de las fórmulas esenciales del enjuiciamiento que pudiera afectar las bases de la jurisdicción o el derecho de defensa amparado por las formas propias del juicio según la expresión constitucional. Por tanto, su renuncia no constituye motivo de nulidad del juicio ejecutivo ni del remate así verificado. El requisito de anunciar al público la fecha del remate por medio de carteles en los términos y condiciones que prescriben aquellos artículos no constituye solemnidad ninguna, nada tiene que ver con la validez misma de la venta forzada que se hace por decreto judicial a petición de un acreedor y en pública subasta, en la cual, según lo expresa el artículo 741 del C. C., la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal. En esta especie de venta la solemnidad que corresponde, tratándose de inmuebles, está constituida y representada por el acta de la diligencia judicial del remate, equiparada legalmente a la escritura pública y sometida al registro.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Los antecedentes de este negocio son sencillos y pueden expresarse brevemente:

Por medio de la escritura pública número 1320, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Calarcá, el día 19 de diciembre de 1929, David Beltrán se constituyó deudor de Ignacio Gutiérrez, á título de mutuo, por la cantidad de $ 2,800 moneda corriente, con plazo de diez y ocho meses y a la rata del 2% mensual, y para garantizar sus obligaciones hipotecó un terreno de su propiedad ubicado en la fracción de Santo Domingo de la jurisdicción municipal de Calarcá, por los linderos que allí se expresan.

Hecha exigible la obligación por el vencimiento del plazo estipulado sin que fuera pagada por el deudor Beltrán, el acreedor Gutiérrez inició el correspondiente juicio ejecutivo con acción real hipotecaria ante el Juzgado 1º del Circuito de Calarcá, en el cual se sacó a licitación el inmueble hipotecado que le fue adjudicado al ejecutante por cuenta de su crédito. Durante la secuela del juicio, en la oportunidad correspondiente, ejecutante y ejecutado, por medio de memorial presentado personalmente al Juez del conocimiento, manifestaron que renunciaban la publicación de carteles de remate, término de ejecutoria del auto que recayera y pidieron que se señalara el día más próximo posible para que tuviera lugar la diligencia de remate. Accedió el Juez al pedimento, y la subasta se llevó a cabo

con omisión de las formalidades renunciables.

De esta circunstancia arranca este pleito y ella constituye su fundamento. El hecho octavo de la demanda, que es el esencial y básico, dice: "En la secuela del juicio ejecutivo con acción real, se olvidó (sic) dar cumplimiento a los artículos 1037 y 1038 del C. J. vigente, ya que las partes renunciaron de modo ilegal a la publicación y fijación de carteles, y además del auto que señala fecha para el remate, el día en que éste hubo de verificarse transcurrieron sólo cuatro días, no habiendo alcanzado siquiera ejecutoria dicho auto".

Con apoyo en estos hechos, David Beltrán, por medio de apoderado, en libelo de fecha 6 de julio de 1936, ante el Juzgado 2º del Circuito de Calarcá, demandó a Ignacio Gutiérrez para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que es nulo, desde el mandamiento ejecutivo hasta el auto aprobatorio del remate, inclusive, el juicio ejecutivo con acción real que Ignacio Gutiérrez adelantó contra él en febrero de 1933 ante el Juzgado 1º de ese Circuito; que, en consecuencia, debe tenérsele como actual y único dueño del lote rematado en aquel juicio; que al demandado debe considerarse como poseedor de mala fe para el efecto de las prestaciones legales, y que debe pagar los perjuicios que ha causado y las costas del juicio.

Subsidiariamente solicitó la declaratoria de nulidad de la diligencia del remate y de su auto aprobatorio, con las mismas peticiones consecuenciales de dominio y demás ya vistas en favor del demandante.

Oportunamente el demandado Ignacio Gutiérrez contrademandó al actor Beltrán para que se declarara, en caso de prosperar la acción directa, que el inmueble a que se refiere la demanda, rematado en el aludido juicio ejecutivo, está afecto como garantía hipotecaria para el pago de la obligación mutuaria a su favor y a cargo de David Beltrán según escritura pública número 1320 del 19 de diciembre de 1929, de la Notaría 1ª del Circuito de Calarcá y que esta obligación mutuaria está vigente.

Adelantado este juicio doble por los trámites de ley, le puso fin el Juzgado del Circuito a la primera instancia con su sentencia de fecha 13 de agosto de 1937, en que absolvió al demandado Ignacio Gutiérrez de todos los cargos de la demanda y condenó al actor en las costas del grado por concepto de temeridad.

Recurrido por el actor el fallo del Juzgado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira lo confirmó en todas sus partes en sentencia definitiva de segunda instancia proferida el 23 de septiembre de 1938.

Esta sentencia, fundada en que la pretendida nulidad del juicio ejecutivo es inexistente porque la preterm1sión de las formalidades de los artículos 1037 y 1038 del C. J. en que se hace consistir fue debida a una renuncia de las partes legalmente posible y válida, es la acusada en este recurso de casación interpuesto por el apoderado del demandante y que hoy se procede a decidir por estar debidamente preparado.

Se funda la acusación contra la sentencia en el primero de los motivos de casación (artículo 520, C. J.), "por violación de leyes sustantivas y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas decisivas del debate", y se señalan como violadas las siguientes disposiciones legales, unas por indebida aplicación y por falta de aplicación otras: artículos 15, 16, 1740 y 1741 del C. C., 2º de la Ley 50 de 1936, y 451, inciso 2º, 1037 y 1038 del C. J.

Las razones y conceptos fundamentales de estas pretendidas violaciones, diseminados y repetidos a lo largo de siete capítulos de la demanda de casación, pueden resumirse así:

La publicación y fijación de los carteles que de acuerdo con las leyes de procedimiento debe hacerse para anunciar el remate o subasta pública en los juicios ejecutivos, constituyen una solemnidad para la transferencia del dominio de in-

muebles que en esa forma se realiza, de modo que su omisión o prescindencia acarrea la nulidad del acto. Como toda disposición legal que establece requisitos para la mutación del dominio de bienes raíces, la que estatuye el de los carteles previos al remate es de obligatorio cumplimiento, interesa a la sociedad y es, por consiguiente, de orden público, irrenunciable por las partes, porque afecta derechos de terceros tales como acreedores personales o dueños de derechos en la finca y porque nuestra organización social descansa, entre otras bases, sobre el régimen de la propiedad privada. La omisión del citado requisito esencial afecta el remate de nulidad absoluta de acuerdo con las disposiciones de la ley sustantiva. Afirma finalmente, el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación del memorial del 2 de junio de 1933 y las posiciones absueltas por Ignacio Gutiérrez, al considerar, a pesar de estas pruebas, que con la renuncia de los carteles de remate se verificó también la renuncia del término de fijación del día para que tuviera lugar la subasta, cosas completamente distintas.

La Sorto considera:

Dan cuenta los autos según copias auténticas tomadas del juicio ejecutivo seguido por Ignacio Gutiérrez contra David Beltrán ante el Juzgado 1º del Circuito de Calarcá, que ejecutante y ejecutado, por medio de memorial presentado personalmente y fechado el 2 de junio de 1933, pidieron al Juez del conocimiento en la debida oportunidad que señalara día para dar principio al remate de los bienes embargados, el más inmediato posible, para lo cual renunciaron expresamente de común acuerdo las publicaciones de carteles lo mismo que notificaciones, términos y ejecutoria, según las propias palabras del memorial referido. En vista de esta renuncia hecha por las partes interesadas en el juicio, el Juzgado, en providencia de esa misma fecha, señaló para dar principio a la licitación la hora de las dos de la tarde del siguiente martes seis, día en que se llevó a efecto el remate en el cual le fue adjudicada la finca embargada al ejecutante Gutiérrez por la suma de $ 2,500. Sobre la realidad de estas ocurrencias no hay disputa. La cuestión que en este pleito se ventila no es si la renuncia de las preindicadas formalidades del juicio especial existió o no, sino si esa renuncia puede producir efectos en razón de la posibilidad legal para hacerla.

Las leyes, como es bien sabido, desde el punto de vista de su contenido y sanción, se clasifican en imperativas, que mandan hacer algo o proceder en cierto sentido; en prohibitivas, que ordenan que no se ejecute un hecho de manera que no puede realizarse en forma ni bajo condición algunas, y en permisivas, que no mandan la ejecución ni la abstención de un hecho sino que simplemente lo permiten, advirtiéndose, desde luego, como diferencia esencial entre ellas, que en las dos primeras se impone el concepto de obligación, en tanto que en las leyes permisivas se percibe destacadamente la idea de derecho. Son los derechos originales en las leyes permisivas los que pueden ser materia de renuncia válida; pero no todos los derechos que confieren esta especie de normas legislativas, sino solamente aquellos que afectan directamente y de manera exclusiva el interés particular y cuya renuncia no sea objeto de una prohibición legal fundada en consideraciones de orden público o de interés social o por concepto de buenas costumbres.

Al tenor del artículo 15 del C. C. "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia", y de acuerdo con la disposición del artículo 16 del mismo código "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres".

Dentro de las exigencias de estos preceptos legales se encuadran los derechos civiles susceptibles de ser válidamente renunciados, y por sentido contrario, de

ellas se deduce también los que no pueden renunciarse, esto es, los derechos conferidos por la ley no sólo en interés individual sino también en interés colectivo y social y aquellos cuya renuncia expresamente prohibe la ley.

Entre éstos que son objeto de una prohibición especial de renuncia figuran, por ejemplo, el derecho de pedir alimentos (artículo 424, C. C.); el de pedir más en razón de una cuenta aprobada en las condiciones señaladas en el artículo 1522 del Código Civil; el de hacer uso de la acción de nulidad (artículo 1526, ibídem); el de hacer cesión de bienes (1673, ibídem); el derecho de pedir la nulidad de la venta de los bienes presentes y futuros (1867, ibídem); el de intentar la acción rescisoria de la venta por lesión enorme a que se refiere el artículo 1950 de la obra citada, los originados en leyes de protección social y varios otros que menciona con especialidad la ley civil a pesar de estar vinculados a intereses patrimoniales particulares.

Como principio general, no es posible dejar de aplicar la ley cuando es de orden público, o sea, que es prohibida su renuncia porque no afecta solamente los particulares intereses del renunciante y en su observancia está comprometido el orden social. Las leyes de orden público, según el concepto de Beudant, son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspiran más en el interés general que en el de los individuos. No es cosa siempre fácil distinguir dentro de la legislación civil las normas que pertenecen al orden público y las que gobiernan intereses estrictamente privados, porque no existe antagonismo entre el interés general y el privado. Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con preferencia al fundamento y fin de cada norma para determinar su verdadero carácter según que se dirija y destine directa e inmediatamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer término la comunidad. De esta manera aparece muy calificado el carácter de orden público que corresponde a las leyes de derecho privado que rigen, por ejemplo, el estado y capacidad de las personas, base de la organización social; las que gobiernan la propiedad, especialmente la agraria porque conforman económicamente el Estado; las que adoptan medidas en resguardo y amparo de los derechos de terceros, en virtud de que todo derecho que no es el personal de las partes debe confundirse para ellas, con el interés general que no pueden menoscabar, y las leyes inmediatamente vinculadas a las buenas costumbres, cuyo concepto se engloba dentro del orden público.

Respecto de las leyes procedimentales, en cuanto regulan y gobiernan la organización judicial, determinan la jurisdicción y las formas propias de cada juicio, pertenecen, como lo ha dicho esta Sala al orden público y no están condicionadas, por regla general, a la voluntad de las partes; pero este principio fundamental no quiere significar que todos los trámites, formalidades y reglas establecidas, por las leyes de procedimiento civil sean absolutamente inmodificables e irrenunciables por las partes militantes de los juicios en forma que no les sea permitido separarse convencionalmente de la rigurosa observancia de todas las normas procesales. Correspondiendo a estas leyes dentro de la diversidad de las actuaciones judiciales diferentes fundamentos y finalidades, el criterio para determinar cuándo pertenecen al orden público ha de ser, lo mismo que en tratándose de las leyes sustantivas, el discernimiento de si están instituidas en beneficio directo e inmediato de la organización social o simplemente de un interés privado y particular. No todas las reglas y ritualidades del derecho procesal son por consiguiente irrenunciables en el concepto de pertenecer al orden público; las partes litigantes pueden, por ejemplo, renunciar válidamente los traslados, términos y rituali-

dades establecidas en beneficio propio de la parte renunciante, y pueden también subsanar por medio de ratificación ciertas irregularidades de procedimiento, cosa ésta que no sería posible si fuera exacto que siempre está comprometido el orden público en todas las tramitaciones judiciales de manera absoluta.

"Es requisito expreso, condición **sine qua non** del remate judicial, cuando se trata de inmuebles, que se anuncie al público la fecha y hora de la licitación, amén de la ubicación y avalúo del bien raíz. Esta información al público se establece tanto en beneficio del deudor propietario de la finca puesta en almoneda, como del acreedor interesado en el pago completo de su crédito y tiene como finalidad importante atraer el mayor número de postores y obtener así un mejor precio para la cosa rematada. Queda dicho con lo expuesto que tal formalidad del anuncio no es de naturaleza accidental o accesoria, sino íntimamente vinculada a los fundamentos jurídicos de la diligencia de subasta judicial". En este párrafo, perteneciente a sentencia de esta Sala, visible en el número 1943 de la G. J., está claramente expresado el fundamento y la finalidad que corresponde a las formalidades prescritas por los artículos 1037 y 1038 del C. J. para remates de bienes inmuebles en juicios ejecutivos. Tales formalidades, como se ve, establecidas en directo e inmediato beneficio de ejecutante y ejecutado, tienen un incuestionable carácter de normas protectoras de derechos secundarios y personales de evidente naturaleza privada y por consiguiente válidamente renunciables por sus beneficiarios. No se quebranta con su renuncia ninguna de las fórmulas esenciales del enjuiciamiento que pudiera afectar las bases de la jurisdicción o el derecho de defensa amparado por las formas propias del juicio según la expresión constitucional.

Se alude también allí a la importancia de ese trámite como norma legal protectora hasta el extremo de que su preterminación ilegal, esto es, cuando no se renuncie, siendo renunciable, por no afectar intereses de terceros, es capaz de producir la invalidación de lo actuado en el ejecutivo, por solicitud en juicio distinto y como motivo de casación.

Este trámite legal del anuncio del remate puede llegar, por supuesto, a perder su carácter de orden privado y personal y por tanto su calidad de formalidad renunciable, en caso de que además del acreedor ejecutante haya en el juicio otros acreedores que busquen por la vía judicial la prestación de sus créditos, porque entonces la ritualidad en referencia adquiere la condición de norma protectora de derechos de terceros, distintos de los de actor y demandado, que para éstos valen como intereses generales que no pueden menoscabar de ningún modo. No es este el caso del pleito en estudio, en que sólo se agitaban litigiosamente los intereses personales de Beltrán y Gutiérrez a la hora de la oportunidad de los avisos y carteles de anuncio del remate, porque para entonces el crédito que cobraba el otro acreedor Jeremías Rico le pertenecía, por cesión, al ejecutante Ignacio Gutiérrez, según pruebas de autos. El interés de la ritualidad en cuestión no miraba, pues, sino al exclusivo y privado de quienes expresamente la renunciaron.

En el antiguo código de procedimiento civil estaba reconocida expresamente a la ritualidad de los avisos la naturaleza de formalidad simplemente vinculada al interés particular del deudor, al establecer como causal de nulidad especial para el juicio ejecutivo la omisión de los avisos para el remate de los bienes embargados cuando el deudor no los hubiera renunciado (artículo 127, Ley 105 de 1890). Dentro del procedimiento actual, vinculada esa formalidad al interés igual de ejecutante y ejecutado, sigue siendo posible su renuncia por los beneficiarios y titulares de ese derecho aunque no esté expresamente autorizada, de acuerdo con la doctrina de los artículos 15 y 16 del C. C.

En el caso que se estudia, una vez que el acreedor Rico celebró el negocio de su

crédito contra Beltrán en el ejecutante Gutiérrez, no quedaron como partes en el juicio ejecutivo sino éste y su ejecutado, en estas condiciones bien hubieran podido prescindir ellos no sólo de las preindicadas formalidades sino del remate mismo y haber otorgado una escritura de dación en pago sin que se hubiera afectado en ninguna forma la validez de ese acto jurídico. Pero resolvieron que la transferencia del dominio se verificara a través del trámite judicial del remate, pero con prescindencia, para proceder brevemente, de las formalidades del aviso y su publicación y términos legales como se lee en el memorial respectivo, y habiendo sido esto aceptado por el Juez, el remate que en estas condiciones se llevó a cabo, sin quebranto de derechos de personas distintas de las partes militantes en el juicio, no tiene por qué estar afectado por este motivo de ninguna causal de nulidad.

El requisito de anunciar al público la fecha del remate por medio de carteles en los términos y condiciones que prescriben los artículos 1037 y 1038 del C. J. no constituye solemnidad ninguna, nada tiene qué ver con la validez misma de la venta forzada que se hace por decreto judicial a petición de un acreedor y en pública subasta, en la cual, según lo expresa el artículo 741 del C. C., la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el Juez su representante legal. En esta especie de venta, la solemnidad que corresponde, tratándose de inmuebles, está constituida y representada por el acta de la diligencia judicial del remate, equiparada legalmente a la escritura pública y sometida al registro. Por lo demás, y enfocando el recurso por la pretendida violación de los artículos 1740 y 1741 del C. C., basta recordar, como lo tiene reiteradamente establecido esta Sala, que "una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren las disposiciones contenidas en el título 20, libro 4º del C. C. y otras las de carácter adjetivo consagradas en el capítulo 7º del título 12 del C. J. Las primeras miran a los actos y declaraciones de voluntad, en cuanto éstos carecen de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según la especie de éstos o la calidad o estado de las partes, y las segundas atañen a irregularidades en un proceso judicial. En las primeras está comprendido el concepto de la validez o nulidad del acto o contrato en sí mismo considerado, y en las segundas ese concepto no entra en juego, sino únicamente si el procedimiento encaminado a hacer efectivo un derecho está o no viciado. Por eso una nulidad o vicio de carácter adjetivo no toca, en cuanto a su validez, el acto o contrato cuya efectividad se quiere hacer valer en un proceso judicial que es o se declara nulo por irregularidades en su tramitación." (G. J., T. XLV, pág. 820).

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha 23 de septiembre de 1938, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Ricardo Hinestrosa Daza—Isaías Cepeda. Hernán Salamanca—Fulgencio Lequerica Vélez—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — FACTORES O DEPENDIENTES DE COMERCIO.— TECNICA DE CASACION.

1.—Un contrato dado puede ser muy limitado y circunscrito y de este solo hecho no puede deducirse que no haya otro u otros contratos, que esas limitaciones no se hayan levantado o atenuado, que no se hayan conferido atribuciones distintas, etc. — 2.—El artículo 440 del C. de Co. sobre factores o dependientes, refiriéndose aún a cuando contratan a su propio nombre, sin expresar que lo hacen por cuenta ajena, establece sin embargo que se entenderá que lo hacen por la de sus comitentes en los casos allí mismo establecidos. — 3.—La técnica del recurso de casación no se compadece con la formulación de un cargo sobre mala apreciación de pruebas sin indicar las que se suponen mal apreciadas y sin indicar el error de que se acusa, el cual puede ser de derecho y, caso de serlo de hecho, ha de aparecer de un modo manifiesto en los autos, según el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales confirmatorio de la del Juzgado 2º de ese Circuito, según la cual a Feliciano Ríos como depositante adeuda Rafael Genaro Mejía como depositario y ha de restituírle en Mocatán tres días después de ejecutoriado el fallo, estas cantidades de café: 1850 arrobas 16 libras de calidad corriente y 130 arrobas y 9 libras de calidad limpio, y ha de pagarle los perjuicios por la no entrega a partir de la contestación de la demanda.

Son hechos fundamentales: en la trilladora de café La Elena, de Mejía, en Mocatán, era agente de él para 1931 y siguió siéndolo hasta mediados de septiembre de 1932 Leonidas Mejía J., quien en ese lapso recibió allí en depósito, en varias partidas, café por un total que, descuento hecho de lo retirado por Ríos, dejó un saldo por las cantidades antedichas en favor de éste.

A esos hechos cardinales se agrega la autorización para recibir café en depósito dada por Mejía a su dicho agente, la destitución de éste en ese septiembre, su advertencia al empresario y dueño, al entregarle entonces la trilladora, de que quedaba allí a favor de Ríos el referido saldo de café y la negativa del actual demandado a devolvérselo o pagárselo a Ríos.

En la controversia, si bien se ha discutido sobre el hecho mismo de la entrega, la defensa de Mejía se ha acentuado más en el sentido de que, aun dando por demostrada aquélla, el responsable no es él sino el agente, porque éste negociaba en café por cuenta propia, porque no tenía autorización para recibir en depósito sino exclusivamente para comprar y porque la trilladora de Mejía, al igual de todas las de su región, se concretan a comprar y beneficiar café para exportarlo y se guardan de recibirlo en depósito por ser esta operación peligrosa y adversa.

El Tribunal conceptúa como el Juzgado que el demandado es responsable y de ahí la condena antedicha, porque encuentra debidamente comprobadas tanto la

entrega de las referidas cantidades de café a título de depósito, cuanto la autorización de aquél a su agente para recibirlas a este título.

La acusación contra el fallo recurrido comprende varios cargos, todos dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., así: quebrantamiento de disposiciones legales sustantivas, unas por errónea interpretación, otras por aplicación indebida, otras por haberse dejado de aplicar, a que se agrega que a los más de estos resultados se llega, según el recurrente, por error en la apreciación de las pruebas.

Se estudian tales cargos en el mismo orden en que se formulan.

I. Error en la apreciación del contrato celebrado entre Mejía y su prenombrado agente y de las cartas acompañadas a la demanda.

Ese contrato se hizo constar en documento privado de 18 de febrero de 1932, suscrito en Manizales por ambos con testigos, según copia de los folios 25 v. y 26 del cuaderno 5º de este proceso. Allí aparece que Leonidas Mejía se obliga a comprar café en Mocatán y Mistrató, a beneficiarlo en La Elena y a administrar esta trilladora, todo siguiendo estrictamente las órdenes del dueño, a quien rendiría cuentas.

El error consiste en que ese documento que contiene contrato de preposición para el manejo de la trilladora y contrato de comisión para la compra de café, es estricto en ambos respecto de la sujeción del agente a las órdenes e instrucciones del dueño y es limitado a ese manejo y a esta compra, sin asomo de autorización para recibir en depósito, y sin embargo de haberse salido Leonidas, por tanto, de sus atribuciones al recibir a este título el café de Ríos, el Tribunal condena al comitente.

El error respecto de las cartas consiste en que ambas son anteriores al documento, pues sus fechas son de 29 de septiembre y 5 de octubre de 1931, y el Tribunal extiende esa autorización hasta septiembre de 1932, a pesar de que en el negocio de café se van dando instrucciones y autorizaciones en forma muy limitada en el tiempo, como corresponde a los cambios de la calidad del grano, de la productividad de las cosechas y de los precios del mercado, cuya fluctuación es constante.

De esos errores deduce la violación, por inaplicación, de los artículos 356, 357, 370 y 379 del C. Co., así como del artículo 1757 del C. C. por aplicación indebida al dar por probada la obligación del demandado con una autorización inexistente ya a la época de que se trata en la demanda.

Agrega que, con el fin de corroborar lo tocante a autorización, se trajo la declaración del agente, y que hay error en acogerla porque su testimonio no es aceptable en razón de estar interesado en el negocio y además por infirmarlo la confesión del demandante, en cuanto establece que si los recibos expedidos en su favor expresan que el café se recibía "por cuenta de Rafael Genaro Mejía", esta frase fue puesta posteriormente por el agente Leonidas Mejía.

Así, el cargo de error en la apreciación de pruebas lo extiende en esta forma a las posiciones y a esa declaración, y por él vuelve al de violación de las disposiciones citadas, en relación con los artículos 604 y 606 del C. J., que, al menos, dice, debieron provocar duda y determinar la presunción de que Leonidas contrató en nombre propio con Ríos, según el inciso 2º de dicho artículo 356.

La Corte considera:

El artículo 359 del C. Co. dice que el comisionista puede reservarse para más tarde la declaración de la persona por quien contrata y que "Hecha la declaración, el comisionista quedará desligado de todo compromiso, y la persona nombrada le sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones resultantes del contrato".

En instancia se formuló y rechazó la tacha de Leonidas Mejía como testigo.

Aunque se aceptara el concepto del recurrente sobre estar limitada la autorización dada en las cartas de 1931 tal como

él indica, se observa que no es sólo en ellas donde la halla el Tribunal. La encuentra también en las cuentas rendidas periódicamente por el agente al empresario a lo largo de la época a que se refiere la demanda, así como en la confesión del demandado sobre hechos que la implican porque demuestran su conocimiento y aceptación de la actuación de su agente al recibir en depósito café de Ríos en forma crónica o por lo menos repetida. El agente habla de la exigencia del empresario de que no hiciera presente que era de Ríos depositante el café existente en la trilladora cuando la visitó, en esa época, el representante de una casa extranjera que negociaba en café.

Un contrato dado puede ser muy limitado y circunscrito y de este solo hecho no puede deducirse que no haya otro u otros contratos, que esas limitaciones no se hayan levantado o atenuado, que no se hayan conferido atribuciones distintas, etc. Así, si el citado documento de 1932 entre los Mejías versa sólo sobre manejo de la trilladora y compra de café y si por tanto en él no se habla de depósito, esto no impide que separadamente el agente fuera autorizado por el empresario, unas veces explícitamente y otras implícitamente para recibir café en depósito.

Se rechaza, pues, el cargo.

II. Error en la apreciación de las mismas cartas de 1931 ante las múltiples declaraciones de testigos demostrativas de que las trilladoras invariablemente se limitan a comprar, beneficiar y exportar café y esquivan por peligroso y perjudicial recibirlo en depósito. De aquí deduce violación del artículo 2º del C. de Comercio y del 700 del Judicial, así como del 440 de aquél.

Se observa: el Tribunal no afirma que la costumbre a que acaba de aludirse en el giro ordinario de las trilladoras sea distinta de la aseverada por los testigos, sino que en el preciso y singular caso de autos el empresario autorizó a su agente para recibir en depósito por cuenta de aquél en su trilladora el café de Ríos. No hubo, pues, lugar a que quebrantase esas disposiciones.

No sobra recordar que ese artículo 440, sobre factores o dependientes, refiriéndose aún a cuando contratan a su propio nombre, sin expresar que lo hacen por cuenta ajena, establece sin embargo que se entenderá que lo hacen por la de sus comitentes en los casos allí mismo establecidos, así: "1º Si el contrato fuere celebrado por un factor o dependiente conocido por tal; si ese contrato estuviere comprendido en el giro ordinario del establecimiento que administrare, y fuere notorio que éste pertenece a una persona conocida. 2º Si no estando comprendida la operación en el giro ordinario del establecimiento, hubiere sido ejecutada por orden del comitente. 3º Si habiendo obrado sin orden, el comitente hubiere ratificado expresa o tácitamente la obligación. 4º Si el resultado de la negociación se hubiere convertido en provecho del comitente".

III. Error en la apreciación de la confesión del demandado, error en tener por confesión de él ciertos pasajes del alegato de su abogado en segunda instancia y error en pasar por alto el hecho de que fue con posterioridad a la expedición de los recibos cuando se agregó por su agente la advertencia de que eran por cuenta de aquél. De aquí deduce el cargo de violación del artículo 607 del C. J. y del 440 del C. de Co. principalmente en su numeral 3º.

La trascripción que acaba de hacerse de este artículo basta para rechazar el cargo en lo relativo a él. Leonidas Mejía venía de agente de Rafael Genaro Mejía al frente de la trilladora de éste de tiempo atrás; de modo que cuando suscribieron su documento de febrero de 1932 ya lo había sido y era; en todo ese lapso estuvo recibiendo Leonidas café de Ríos en depósito con la autorización expresa del comitente y después al menos con su asentimiento. La cesación de este asentimiento sobrevenido entre los dos Mejías, según pretende el comitente, al cerrarse las cuentas de junio, no puede ser

hecho que trascienda a terceros no notificados de ella, máxime si esos terceros a mayor abundamiento habían venido contratando como depositantes en toda esa época con persona cuya calidad de agente del dueño y empresario era pública y aquí no se discute, como no se discute tampoco esa calidad de dueño y empresario de la trilladora en el actual demandado.

También se ha citado y parcialmente trascrito el artículo 359 de ese Código, el cual autoriza, como se ha visto, la oposición de aquella frase "por cuenta de Rafael Genaro Mejía" en los recibos con posterioridad a la expedición de éstos, posterioridad que no tiene el sentido y alcance sostenidos por el recurrente.

El cargo surgido de tomarse pasajes del alegato del apoderado como confesión del demandado Mejía no incide en casación, entre otras razones porque a eso procede el Tribunal como mero refuerzo de su razonamiento, y porque, aun suprimida la cita y suprimido ese concepto del Tribunal, la situación probatoria restante sigue en pie, y ésta basta, según queda visto.

El cargo de error relativo a las posiciones consiste en que el Tribunal toma de ellas la confesión de Mejía de haber autorizado a su agente para recibir en depósito y no le acepta o recoge la salvedad de haber retirado esa orden o, mejor, de haberle ordenado que se abstuviera de seguir recibiendo así. Absolviendo las posiciones a que se alude dice Mejía que en las cuentas del agente aparecieron depósitos de Ríos a mediados de 1931 y entonces ordenó a aquél se abstuviese de recibir a este título en lo sucesivo, y que sin embargo en la primera y segunda quincena de junio de 1932 volvieron a aparecer en las cuentas cantidades de café depositadas por Ríos; pero que este café no volvió a figurar en las cuentas de los meses siguientes, de donde afirma Mejía que tiene que deducirse "forzosamente que las compró o las devolvió".

Es verdad que el Tribunal formula el reparo de que Mejía no comprobó su referida orden de abstención. Pero de aquí no se deduce justificación del cargo en referencia, porque el Tribunal aduce la confesión de haber autorizado Mejía el depósito como infirmación de lo sostenido por Mejía desde la contestación de la demanda sobre no haber autorizado al agente para recibir en depósito; y de otro lado, aun levantando el reparo del Tribunal sobre falta de prueba de la salvedad sobre abstención y tomando la confesión tal como la rindió Mejía, ello es que esta prueba no deja de acreditar que él sí confirió a su agente esa autorización. Cabe observar que la sola afirmación de haberse retirado una orden o de haberse dispuesto que en lo sucesivo no se repitiera un hecho dado (aquí el recibo en depósito), está implicando la afirmación de que este hecho ha sucedido, de que esa autorización se había dado. Por lo demás, como se ha visto, no son solamente esas posiciones la prueba hallada por el Tribunal de la autorización y del asentimiento de Mejía sobre recibo de café en depósito.

Se rechaza, pues, el cargo.

IV. Volviendo a referirse el recurrente a que la frase "por cuenta de Rafael Genaro Mejía" se añadió con posterioridad, cita las varias pruebas, consistentes en declaraciones de testigos, concepto pericial e inspección ocular, levantadas por él para acreditar que cuando quiera que en una cuenta figuraba en la trilladora un café como pendiente y no volvía a figurar en las cuentas posteriores, era porque ese café ya no lo debía la empresa. De aquí deduce error en la apreciación de ese haz de pruebas, porque el Tribunal condena a Mejía a pesar de estar acreditado que en las cuentas del agente posteriores a las entregas de Ríos ya no figuró el café de que aquí se trata.

Se considera:

Lo tocante a cuentas entre los dos Mejías es un hecho extraño a Ríos sin poder excepcionativo contra sus acciones de depositante. Aun siguiendo las sospechas del recurrente, de que el juzgador debe guardarse por no estar comprobadas, se

tendría alteración de cuentas, simulación de partidas, ocultación de bienes, etc., por el comisionista para ante el comitente; pero en manera alguna una excepción contra el tercero depositante.

Así, pues, es inoperante el cargo, puesto que aunque se hallara el referido error de apreciación, no se deduciría de ahí excepción contra Ríos. Por tanto, es inaceptable el cargo que de ese error deriva el recurrente de violación de los artículos 356 a 358 y 362 del C. Co. y 2177 del C. C. por no haberse aplicado y de los artículos 362 del C. Co., 1761 del C. C. y 645 y 687 del C. J. por aplicación indebida.

V. Violación de los artículos 356 del C. de Comercio y 2177 del Civil, en razón de no haber escuchado la defensa de Mejía cuando expuso que el contrato de depósito no era por su cuenta sino por la de Leonidas Mejía. Esta violación proviene, al decir del recurrente, del error manifiesto en que incurrió el Tribunal "al no considerar ni analizar las pruebas todas del demandado".

La técnica de casación no se compadece con la formulación de un cargo sobre pruebas en esta forma, pues el artículo 520 del C. J. obliga a precisar las que se indican como mal apreciadas y el error de que se acusa, el cual puede ser de derecho y, caso de serlo de hecho, ha de aparecer de modo manifiesto en los autos, según el texto de esa disposición en su numeral 1º.

Por lo demás, el recurrente implícitamente reconoce que el Tribunal no incurrió en la falta de prescindir de todas las pruebas de su parte, desde que formula los varios cargos ya analizados aquí, los más de los cuales arrancan de error de apreciación de sus mismas pruebas, al decir de su alegato.

VI. Violación directa de los artículos 687 y 645 del C. J. y 1761 del C. C., al tomar como del demandado los recibos presentados en juicio para demostrar el depósito del café, no siendo él quien los firmara ni siendo tampoco quien contratara. Aquí insiste el recurrente en no haber autorizado al agente para recibir en depósito, concepto inaceptable por lo ya dicho y repetido en este fallo, e insiste en ver en la citada frase "por cuenta de Rafael Genaro Mejía" y su aposición por Leonidas Mejía con posterioridad a la expedición de los recibos algo gravísimo que, dice, "sería suficiente para que el actor pierda este litigio". Innecesario repetir lo ya observado a este respecto.

Se rechaza, pues, el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este pleito el veintiuno de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Emilio Prieto Hernández, Of. Mayor en ppdad.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

1.—El recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no da campo si es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal, que no es otra sino el término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el Juez. Puede suceder que alguno o algunos de los interesados no objeten el primer trabajo de partición, pero que objetado por otro u otros prospere alguna objeción y entonces al acomodarse el partidor a la sentencia del Juez en su segundo trabajo, varíe o modifique la primera cuenta, variación o modificación que no acepten, por estimarla ilegal, los que no objetaron el primitivo trabajo. En este caso éstos pueden interponer muy bien el recurso de casación y atacar el fallo aprobatorio del segundo trabajo, no por vía de objeción, sino por cuanto la nueva cuenta viole alguna o algunas de las disposiciones sustantivas que regulan la partición. Si alguno de los interesados no objetó el primitivo trabajo, y en la segunda cuenta subsisten las adjudicaciones primitivas, modificadas en sí en cuanto a la objeción que ha prosperado, no pueden esos interesados atacar el fallo aprobatorio de la partición para obtener por medio de esa acusación modificación en las adjudicaciones primitivas y respecto de las cuales no propusieron oportunamente ninguna objeción. Rehecho el trabajo del partidor de acuerdo con la objeción u objeciones que han prosperado, por mandato legal la nueva cuenta debe aprobarse por el Juez. — 2.—No toda nulidad es materia del recurso de casación, sino únicamente las establecidas en el numeral 6º del artículo 520 del C. J. en relación con el 448 de la misma obra.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En el juicio de sucesión de María Josefa Salas de Solano, desarrollado en un largo proceso, de carácter casi indefinido, se hallan los siguientes factores:

Demandada la partición judicial, el partidor presentó su trabajo el 17 de marzo de 1937 que fue objetado por el apoderado de Benicio Duzsán. Prosperó una de las objeciones y en virtud de ella se resolvió que el partidor rehiciera su trabajo en lo referente a la adjudicación del predio denominado "La Isla de la Utilidad", la cual debía adjudicarse en común, a todos los consignatarios en proporción a los derechos de cada uno de ellos. El partidor rehizo su trabajo, cumpliendo lo dispuso por el Juez y por el Tribunal, y lo presentó el 31 de agosto de 1938.

El Juez del conocimiento, 5º del Circuito de Bogotá, lo aprobó entonces, y apelada la sentencia aprobatoria fue confirmada por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial el 12 de julio de 1939.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los señores Alcibíades Rincón y Ernesto Herrera G., apoderados de algunos de los interesados, recurso que pasa hoy a decidirse.

El fallo acusado se funda en lo siguiente:

"Preceptúa el artículo 965 del Código Judicial, dice el Tribunal, que reformada

la partición en los términos ordenados, el Juez la aprueba. Esta norma de derecho procesal fue cumplida exactamente por el Juzgado, por cuanto dicho trabajo se ajustó a las decisiones del mismo Juzgado y el Tribunal, de que antes se hizo referencia, en términos de que ninguno de los recurrentes ha formulado observación alguna al respecto..... No aparece comprobada la causal de nulidad denunciada por el apoderado doctor Alcibíades Rincón, consistente en no haber sido citados los herederos de Carlos Duarte (sic), –Solano, corrige la Corte— durante el término de la partición".

A este último respecto el Tribunal respalda, refiriéndose a los autos, su aseveración.

Como cuestión previa para decidir el recurso sienta la Corte las siguientes bases: a) El recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición, no da campo ni es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal, que no es otra sino el término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el Juez; b) puede suceder que alguno o algunos de los interesados no objeten el primer trabajo de partición, pero que objetado por otro u otros prospere alguna objeción y entonces al acomodarse el partidor a la sentencia del Juez en su segundo trabajo, varíe o modifique la primera cuenta, variación o modificación que no acepten, por estimarla ilegal, los que no objetaron el primitivo trabajo. En este caso éstos pueden interponer muy bien el recurso de casación, y atacar el fallo aprobatorio del segundo trabajo, no por vía de objeción, sino por cuanto la nueva cuenta viole alguna o algunas de las disposiciones sustantivas que regulan la partición; c) si alguno de los interesados no objetó el primitivo trabajo, y en la segunda cuenta subsisten las adjudicaciones primitivas, modificadas eso sí en cuanto a la objeción que ha prosperado, no pueden esos interesados atacar el fallo aprobatorio de la partición, para obtener por medio de esa acusación, modificación en las adjudicaciones primitivas y respecto de las cuales no propusieron oportunamente ninguna objeción; d) rehecho el trabajo del partidor de acuerdo con la objeción u objeciones que han prosperado, por mandato legal la nueva cuenta debe aprobarse por el Juez.

El recurrente doctor Rincón se ha presentado como apoderado de los herederos de un antiguo consignatario, el señor Carlos Solano S., y en este carácter acusa la sentencia por los motivos 6º y 1º del artículo 520 del C. Judicial.

Por vía de método pasa la Corte a estudiar en primer término esta demanda, la cual tiene como fundamento primordial la alegación de que ni el señor Carlos Solano ni sus herederos fueron emplazados o citados legalmente en el juicio, por lo cual se incurrió en una de las nulidades, la tercera, a que se refiere el artículo 448 del C. Judicial y que es motivo de casación según el numeral 6º del artículo 520 de la misma obra.

La Corte observa: Revisados los autos, cuadra lo en ellos expresado, con la relación precisa y exacta que hace el opositor doctor Posse Camargo, en este recurso, respecto de la comparecencia y citación de todos los interesados, en el juicio de sucesión de María Josefa Salas de Solano. De esa revisión y estudio, llega la Corte a estas dos conclusiones: 1ª Que no sólo el heredero Carlos Solano compareció en este juicio, sino también todos los demás herederos, y 2ª Que el expresado Carlos Solano y hoy los herederos de éste, carecen de interés jurídico no sólo para intervenir en el recurso de casación, sino que ese interés cesó para ellos desde antes de la demanda de partición.

En efecto: promovido este juicio, los herederos de la señora Salas de Solano, a saber: Carlos, Gil, Vicente, Ignacio, Bárbara y Susana, confirieron poder al doctor Ildefonso Manrique, para que los representara y apersonara en la causa; que dicho apoderado fue reconocido y actuó como personero de los herederos nombrados. Posteriormente el doctor Leovi-

gildo Sánchez representó a los herederos ya citados y además a Miguel Angel Solano, hijo de Carlos. El señor Benicio Dussán vino a ser cesionario de los derechos de Vicente Solano y fue representado por el doctor Rafael Díaz Vargas.

Estos dos apoderados, Sánchez y Díaz Vargas, se notificaron personalmente del auto en que se confería a las partes traslado de la demanda de partición.

De lo anterior resulta claramente comprobada la primera conclusión ya enunciada.

Cuando se presentó la demanda de partición, Guillermo Durán Ortega había rematado, en el juicio ejecutivo seguido contra la sucesión de Carlos Solano, los derechos y acciones que a éste correspondían en la sucesión de su madre María Josefa Salas de Solano. Durán Ortega vendió esos derechos al Banco de Bogotá y éste a su turno a Luis Carlos García Borrero, quien se dio por sabedor y notificado de la demanda de partición y pidió al Juez que nombrara partidor y a quien se le formó la correspondiente hijuela.

Resulta de lo anterior claramente comprobada la segunda conclusión ya enunciada.

Carlos Solano y los herederos de éste dejaron de ser parte en este juicio desde el año de 1933, y fueron subrogados en sus derechos primero por Durán Ortega, luégo por el Banco de Bogotá y finalmente por Carlos García Borrero, quien, como sucesor a título singular de los derechos de aquél, continuó interviniendo en este juicio y ha intervenido en el presente recurso de casación.

Ni son hoy por lo tanto los herederos de Carlos Solano parte en este juicio, ni tienen interés jurídico en él, desde antes de la demanda de partición, por lo ya expresado.

De donde se concluye que si por una parte, y por lo dicho, debe rechazarse el cargo fundado en el motivo 6º que se estudia, por la otra, es inoficioso estudiar los demás cargos contenidos en la demanda de casación, por cuanto han sido propuestos por quienes no son parte en el juicio.

El recurrente hace algunas consideraciones, a manera de cargos, que atañen, según él mismo lo reconoce, a cuestiones distintas de la partición y sentencia aprobatoria de ella, cómo las relacionadas con la validez del remate verificado por el señor Durán Ortega, pero es obvio que, aun cuando tuvieran personería sus representantes, esos cargos serían impertinentes en este recurso.

Se rechazan pues los cargos del recurrente doctor Rincón.

La demanda de casación del adjudicatario Luis García Borrero, que no cuadra precisamente con la técnica que requiere este recurso, contiene en definitiva tres cargos contra la sentencia del Tribunal, fundados en violación de la ley sustantiva, principalmente de las reglas contenidas en el artículo 1394 del C. Civil.

Pasa la Corte a examinar separadamente cada uno de esos cargos.

Los dos primeros, de donde deduce el recurrente la violación del artículo que acaba de citarse, consisten en que no le adjudicaron la totalidad de unos derechos hereditarios en la sucesión ilíquida de María Teresa Solano y unos semovientes, en parte del pago de su hijuela.

La Corte observa: Estos cargos no son recibibles en este recurso porque esas adjudicaciones se le hicieron desde la primera partición, que no objetó el recurrente, y se le volvieron a hacer exactamente en el segundo trabajo.

Al admitir esos cargos, resultaría que un adjudicatario o partícipe podría objetar el trabajo de partición, después del término señalado por la ley, lo cual según se expresó al principio de este fallo, no es posible. Además, observa la Corte: La objeción respecto de la adjudicación de los semovientes se funda en que dado el transcurso del tiempo corrido entre los inventarios y la partición, aquellos se han demeritado. Pero si por una parte el partidor debe tener como base, para hacer las adjudicaciones, el avalúo de los bienes, salvo que los interesados acuer-

den otra cosa, por la otra aparece desde el primer trabajo de partición, que los semovientes adjudicados a cada uno de los adjudicatarios, les fueron entregados.

La objeción en cuanto a la adjudicación de unos derechos sucesorales, la hace consistir el recurrente en que son derechos litigiosos, lo cual si por una parte no consta en los autos, por la otra se deduce rectamente que el recurrente padece una equivocación entre los conceptos de derechos hereditarios y derechos litigiosos.

El tercer cargo se refiere a la impugnación de la sentencia, por violación del expresado artículo 1394, por cuanto se le adjudicó una parte, en común y proindiviso, de la mitad de la "Isla de la Utilidad".

Este cargo es del todo infundado porque habiendo prosperado la objeción consistente en que dicha mitad de ese predio debía adjudicarse en común y proindiviso a todos los herederos en proporción de sus cuotas, el partidor obedeció lo resuelto por el Juez y por el Tribunal, como tenía que hacerlo, y por eso al tenor del artículo 965 del C. Judicial el trabajo de partición debía ser aprobado, como efectivamente lo fue.

Por otra parte, esa adjudicación, en la forma hecha, y en sí misma considerada no viola ninguna de las reglas del art. 1394 del C. Civil sino que antes bien las confirma por cuanto según se demostró en el incidente de objeciones, teniendo determinada peculiaridad la isla mencionada y estando sometida a una contingencia de litigio, era lo pertinente que todos los coasignatarios se sometieran a esa eventualidad.

Es claro que al reformarse la partición, y adjudicarle al recurrente una parte proindiviso en la mitad de esa isla, el partidor tuvo que hacerle algunas modificaciones a la primitiva hijuela, pero esto, además de que era impuesto por haber prosperado la objeción, no viola ninguna de las reglas del artículo ya citado, como tampoco encuentra la Corte que esas modificaciones, en sí mismas consideradas, violen alguna de tales reglas.

Se rechazan, pues, estos cargos.

El recurrente formula cargos contra la sentencia, por cuanto en su concepto "se sentenció sin tener en cuenta que el juicio o la actuación estaba afectada de nulidad o lo que es lo mismo sin antes resolver sobre la nulidad procedimental que de autos salta a la vista".

La Corte observa: No toda nulidad es materia del recurso de casación, sino únicamente las establecidas en el numeral 6º del artículo 520 del C. Judicial en relación con el artículo 448 de la misma obra.

Las nulidades a que se refiere el recurrente, caso de que existieran, no son de las comprendidas en el numeral 6º, luego por ese aspecto el cargo no es recibible en casación.

Si pudiera interpretarse la demanda en el sentido de que la nulidad es la falta de emplazamiento o citación, de alguno de los interesados, el punto quedó resuelto al estudiar el recurso del doctor Rincón.

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

Se condena en costas a los recurrentes, que deben pagarlas por partes iguales.

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Emilio Prieto H., Of. Mayor en propiedad.

OBJECIONES A UNA PARTICION.—RECURSO DE CASACION.—NULIDADES ALEGADAS EN CASACION

1.—El término de las objeciones tiene su oportunidad, que no es otra sino cuando se corre traslado del primer trabajo de partición, lo cual no es óbice para que aprobado el trabajo y confirmado el fallo por el Tribunal, puedan los interesados recurrir contra él en casación, por alguna de las causales establecidas por la ley. 2.—El recurso de casación es por su esencia, limitado en su alcance y taxativo en sus causales; limitado en su alcance, porque no abarca y comprende sino los juicios de la naturaleza y cuantía determinados por la ley (artículo 519, C. J.); taxativo en sus causales, porque no inciden o no son operantes sino las siete determinadas por el artículo 520 de ese código. Al estudiarse una demanda de casación, si la sentencia no es casada, la Corte no puede entrar a conocer de las nulidades adjetivas de que adolezca el proceso, porque en ese caso no es juez de instancia. La Corte tiene este carácter solamente cuando rompe la sentencia del Tribunal, y entonces se sustituye a éste como juzgador de segunda instancia y dicta el fallo correspondiente. Si sin romper la sentencia pudiera entrar la Corte a conocer de todas las nulidades o irregularidades de que pudiera adolecer un proceso, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia, lo cual desvirtuaría la naturaleza de éste, que está constituído por dos factores: el acto acusado, la sentencia y la ley enfrentada al fallo. — 3.—No toda nulidad es operante en casación sino las determinadas en el numeral 6º del artículo 520 del C. J., en relación con el 448 de la misma obra. No fue un capricho del legislador el haber incluído como causales de casación esas tres nulidades, excluyendo las otras, sino que además de lo ya expresado en relación con la naturaleza del proceso, se inspiró en los principios fundamentales que configuran los procesos, que determinan su resolución y que son creadores de la cosa juzgada. La incompetencia de jurisdicción, es causal de casación porque todo lo que atañe a ésta es de orden público y es sabido que es tan trascendental este concepto que aún como medio nuevo puede invocarse en casación. La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, cuando se produce este fenómeno, hace inocuo e ineficaz el fallo, que no puede obligar ni ligar sino a quienes son los titulares del derecho, activa o pasivamente considerado. La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, constituye en definitiva la negación de una garantía constitucional, puesto que nadie puede ser condenado, sin haber sido oído y vencido en juicio. Es claro entonces que existiendo cualesquiera de las tres nulidades anotadas, la casación del fallo se impone, para resguardar los principios tutelares que condicionan los procesos y, también, como lo dijo la Comisión que preparó y estudió el Código Judicial, para "subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada". — 4.—El artículo 961 del C. J. no exige nuevo traslado de la partición. La razón de esto es clara: el primer traslado del trabajo de partición, tiene por objeto dar cabida al incidente de objeciones, que no se presenta sino una sola vez respecto de la primera partición. De otra manera las objeciones a una partición podían ser indefinidas por cuanto a cada nuevo trabajo podría proponérsele nueva

objeción. — 5.—Las reglas del artículo 1394 del C. C. en los numerales 7º y 8º no son de un rigor absoluto sino que deben aplicarse de acuerdo con la situación de hecho en cada caso. Por eso no puede estimarse como violatoria de la ley una partición en la que habiendo varios predios aproximadamente iguales o equivalentes, sea de rigor adjudicarle una porción a cada uno de los herederos en cada uno de los predios. Existen circunstancias en que lo indicado es terminar o no dejar subsistir comunidades entre los herederos y otras que imponen el criterio contrario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En sentencia de veinte de septiembre último, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes que forman la sucesión de José Martínez, dictada por el Juez Primero del Circuito de Bogotá.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el doctor Manuel Rodríguez Díaz, recurso que debidamente tramitado pasa hoy a decidirse.

Los antecedentes del trabajo de partición y de la sentencia recurrida son estos:

La viuda de José Martínez y los trece hijos de éste, que son sus herederos, todos mayores de edad, elevaron un memorial al Juez del conocimiento, el 14 de diciembre de 1937, haciéndole saber que acordaban determinadas bases para que sobre ellas se hiciera el trabajo de partición y designaron en el mismo acto el partidor, quien presentó la cuenta correspondiente que fue objetada por alguno de los herederos.

En la tramitación de las objeciones, y estando el Juez practicando como prueba una inspección ocular, en tal incidente, los herederos y sus abogados pidieron la suspensión de la diligencia y solicitaron que el partidor se acogiera, para hacer un nuevo trabajo, a los términos del convenio, que los interesados suscribieron el día de la diligencia y que figura al folio 10º del cuaderno número 3.

Rehecho ese trabajo, según lo acordado por los herederos, el partidor lo presentó al Juez y dentro del traslado del caso, lo objetaron José Ramón y José Camilo Martínez.

El Juez rechazó las objeciones y aprobó la nueva partición fundado en el art. 965 del C. Judicial.

El Tribunal confirmó esa sentencia por cuanto halló que el trabajo de partición estaba ajustado a los convenios que sobre el particular celebraron las partes y al auto que puso fin al incidente de objeciones.

Además se fundó en que los impugnadores del trabajo de partición, firmaron el convenio sobre el cual está hecha ésta y que aceptaron el auto de 9 de diciembre de 1938 en el cual dispuso el Juez que el partidor debía rehacer su trabajo de acuerdo con lo convenido por los interesados, el día de la diligencia de la inspección ocular.

A este último respecto, observa la Corte, que evidentemente el Juez del conocimiento en el auto ya citado, teniendo en cuenta que José Camilo y José Ramón Martínez habían objetado el primer trabajo del partidor, que se había sustanciado el incidente y que al practicar la diligencia de inspección ocular los interesados habían presentado un memorial, que está agregado al proceso, y que contiene el "acuerdo que los herederos de la sucesión han hecho para que se rehaga la partición presentada, en lo referente al terreno ubicado en el municipio de Fontibón", ordenó que el partidor rehiciera el trabajo en esos términos.

Dicho auto no fue apelado, quedó en firme y en virtud de lo dispuesto en él el partidor rehizo el trabajo acomodándolo a los términos del convenio. Quiere lo anterior decir que los interesados no podían ya objetar el segundo trabajo por cuanto, como lo ha expresado esta superioridad, el término de las objeciones tiene su

oportunidad, que no es otra sino cuando se corre el traslado del primer trabajo de partición, lo cual no es óbice para que aprobado el trabajo y confirmado el fallo por el Tribunal, puedan los interesados recurrir contra él en casación, por alguna de las causales establecidas por la ley.

Establecido lo anterior, pasan a estudiarse los cargos.

El primer motivo lo hace consistir el recurrente en error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, a su juicio, por no apreciar que la actuación estaba afectada de nulidad especialmente porque la demanda de partición no contiene todas las características de un libelo.

Apoya su cargo en los artículos 455 y 205 del C. Judicial, que estima infringidos.

Como no es raro que los demandantes en casación invoquen nulidades de carácter adjetivo, contra la sentencia recurrida, y consideren que toda clase de nulidades, son susceptibles de este recurso extraordinario, cree la Corte oportuno y conveniente, referirse una vez más a ese erróneo concepto y rectificarlo, para lo cual hace las siguientes consideraciones: El recurso de casación es por su esencia, limitado en su alcance y taxativo en sus causales; limitado en su alcance, porque no abarca y comprende sino los juicios de la naturaleza y cuantía determinados por la ley, artículo 519 del C. Judicial; taxativo en sus causales, porque no inciden o no son operantes sino las siete determinadas por el artículo 520 de la obra citada.

Al estudiarse una demanda de casación, si la sentencia no es casada, la Corte no puede entrar a conocer de las nulidades adjetivas de que adolezca el proceso, porque en ese caso no es juez de instancia. La Corte tiene este carácter solamente cuando rompe la sentencia del Tribunal, y entonces se sustituye a éste como juzgador de 2ª instancia y dicta el fallo correspondiente. Si sin romper la sentencia, la Corte pudiera entrar a conocer de todas las nulidades o irregularidades de que pudiera adolecer un proceso, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia, lo cual desvirtuaría la naturaleza de éste, que está constituído por dos factores: el acto acusado, la sentencia y la ley enfrentada al fallo.

No toda nulidad es operante en casación sino las determinadas en el numeral 6º del artículo 520 del C. Judicial, en relación con el artículo 448 de la misma obra.

No fue un capricho del legislador, el haber incluído como causales de casación esas tres nulidades, excluyendo las otras, sino que después de lo ya expresado en relación con la naturaleza del recurso, se inspiró en los principios fundamentales que configuran los procesos, que determinan su resolución y que son creadores de la cosa juzgada.

La incompetencia de jurisdicción, es causal de casación, porque todo lo que atañe a ésta es de orden público y es sabido que es tan trascendental este concepto que aún como medio nuevo puede invocarse en casación.

La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, cuando se produce este fenómeno, hace inocuo e ineficaz el fallo, que no puede ligar ni obligar sino a quienes son los titulares del derecho, activa o pasivamente considerado.

La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio, constituye en definitiva la negación de una garantía constitucional, puesto que nadie puede ser condenado, sin haber sido oído y vencido en juicio.

Es claro entonces que existiendo cualesquiera de las tres nulidades antes anotadas, la casación del fallo se impone, para resguardar los principios tutelares que condicionan los procesos, y también, como lo dijo la Comisión que preparó y estudió el Código Judicial, para "subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada".

En virtud de lo que acaba de exponerse, se rechaza el primer cargo.

El segundo cargo lo funda el recurrente en que, en su concepto, se adjudicaron los bienes a Marco Aurelio, Carlos y Pedro Pablo Martínez, sin que éstos hubieran sido reconocidos en el juicio como herederos del causante ni aceptada por ellos la herencia.

El demandante señala como infringidos los artículos 1282, 1297, 1298 y 1309 del C. Civil.

Este cargo se rechaza porque está en abierta contradicción con la verdad procesal. En efecto: los mencionados Martínez fueron instituídos herederos por su padre, no tenían por lo tanto que ser reconocidos como tales; tomaron el título de herederos al otorgarle al mismo recurrente, poder para representarlos en este juicio y al suscribir el convenio en el cual se fijaron las bases de la partición. El partidor les formó la hijuela correspondiente, en lo cual se conformó a la ley. Es además inexplicable, observa la Corte, que el mismo apoderado ataque la sentencia aprobatoria de una partición, en que a sus poderdantes se les adjudicaron bienes, y que el ataque, en el capítulo que se estudia, sea en definitiva, precisamente porque se les hizo una adjudicación.

El tercer cargo debe seguir la suerte de los anteriores y se funda en que el fallo violó los artículos 1312, 1388 y 1398 del C. Civil, por cuanto sostiene el recurrente que en la partición se adjudicaron bienes que no eran de José Martínez sino de los herederos de Orosia Ortiz de Martínez.

Esta aseveración no está comprobada, porque si es cierto que uno de los interesados, el día de la diligencia de los inventarios pidió la exclusión de ciertos bienes, tal petición ni se tramitó debidamente ni fue aceptada por los herederos y vino a quedar como una mera constancia, lo cual no es óbice para que se verifique una partición. Cuando hay disputas sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo y que en consecuencia no deba entrar en la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria y no se retardará la partición por ellas. (Artículo 1388 del C. Civil). En el caso presente ni siquiera hay constancia de que esté pendiente ninguna acción ordinaria sobre exclusión de bienes, de manera que ni aunque ésta versara sobre una parte considerable de la masa partible, que entonces sí puede suspenderse la partición, inciso 2º del artículo que acaba de citarse, podría prosperar el cargo.

En el cuarto cargo afirma el recurrente que la sentencia violó los arts. 1496, 1541, 1391 y 1394 del C. Civil por cuanto afirma que el partidor "violó el contrato procesal que corresponde a los folios 74 y 75 del cuaderno principal, suscrito por todos los herederos".

Comparadas las estipulaciones de esos contratos con el trabajo de partición se concluye que el partidor se ajustó a ellos, de donde resulta que el cargo no es fundado. Además es inoperante en todo caso por cuanto no está en él expresado en qué consistió el error de hecho del Tribunal en la apreciación de tales contratos, relacionada con el trabajo de partición.

El quinto cargo, violación del artículo 964 del C. Judicial, no incide en casación, por lo ya expresado al principio de este fallo. Además, precisamente según ese artículo, reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, éste la aprueba. No exige la ley por lo tanto nuevo traslado.

La razón de esto es clara: El primer traslado del trabajo de partición, tiene por objeto dar cabida al incidente de objeciones, que no se presenta sino una sola vez, respecto de la primera partición. De otra manera las objeciones a una partición podían ser indefinidas por cuanto a cada nuevo trabajo podría proponérsele nueva objeción.

El sexto cargo, además de infundado, no es serio y consiste en que se omitió decir a quién corresponden los títulos de los bienes adjudicados para los efectos

del artículo 1400 del C. Civil. El recurrente cree que se omitieron "las disposiciones referentes a matrículas de inmuebles de que trata la Ley 40 de 1932 y el Decreto 547 de 1933, cuyas disposiciones estima infringidas". La Corte reafirmando su concepto de que el cargo que se estudia no es serio ni fundado, llama la atención al recurrente, sobre que en la observación cuarta de la partición, el partidor dijo a quiénes correspondían los títulos de propiedad de los terrenos situados en Fontibón y Facatativá.

El partidor adjudicó a un heredero bienes para el pago de las deudas y así lo hizo porque los interesados convinieron en que para el pago de los gastos del juicio de sucesión se destinaría un lote de terreno adjudicado al heredero que manifestara al partidor su deseo de tomar el lote de gastos y como esa manifestación la hizo el heredero Pedro Pablo Martínez, el partidor formó la hijuela correspondiente.

Contra ese modo de proceder hace el recurrente el cargo séptimo de su demanda, el cual por lo que acaba de expresarse se rechaza, lo mismo que el octavo en el cual señala como infringidos los artículos 1392 del C. Civil y 959 del C. Judicial por cuanto las adjudicaciones se hicieron teniendo en cuenta el convenio suscrito por los herederos y es sabido que éstos, si son mayores de edad, como en el caso presente, pueden convenir que la partición se haga tomando avalúos distintos de los fijados por los peritos.

El noveno motivo que se funda en la violación del ordinal 8º del artículo 1394 del C. Civil, por cuanto, según el recurrente el partidor no procuró la equivalencia ni la semejanza en la adjudicación de los lotes, no puede prosperar: primero porque los mismos interesados establecieron las bases para la partición, bases que respetó el partidor, y segundo porque no existe prueba de tal aserto. Es una mera afirmación del recurrente.

El último cargo, violación del artículo 1394 del C. Civil, "por cuanto no habiéndose adjudicado a cada heredero porción en todos y cada uno de los bienes relictos, se rompió la equidad que debe guardar toda partición" tampoco puede prosperar, por dos motivos: a) porque como se ha dicho ya, la partición se hizo sobre las bases acordadas por los interesados, y b) porque como lo ha dicho esta Corte las reglas del artículo 1394 del C. Civil, especialmente las consignadas en los numerales 7º y 8º no son de un rigor absoluto sino que deben aplicarse de acuerdo con la situación de hecho en cada caso. Por eso no puede estimarse como violatoria de la ley una partición, en la que habiendo varios predios aproximadamente iguales o equivalentes, sea de rigor adjudicarle una porción a cada uno de los herederos en cada uno de los predios. Existen circunstancias en que lo indicado es terminar o no dejar subsistir comunidades entre los herederos y otras que imponen el criterio contrario.

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

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

Cuando el demandado no objeta la cuantía fijada por el actor se entiende que la acepta. La fijación de la cuantía, en principio, tiene por objeto determinar o fijar la competencia del Juez, pero puede suceder, y sucede muchas veces, que el actor señale desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite o máximo de ésta. Cuando esto sucede esa estimación es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado. No puede, por lo tanto, un Tribunal ni encontrar motivo de duda en el valor de una acción así determinada, ni mucho menos sobreponerse a la fijación hecha por el directamente interesado, como es el demandante. No juega papel el hecho de que los contratos u obligaciones sobre que versa la demanda aparezcan con un valor mayor, si el demandante les asignó uno menor al iniciar la demanda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, julio seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

En el juicio ordinario reivindicatorio intentado por Francisco Jiménez contra Patrocinio Figueroa, sobre dominio del terreno denominado "Isla de Jamaica", profirió sentencia definitiva de segundo grado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el dos de febrero de este año.

Contra esa providencia interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado de la parte actora, pero el Tribunal sentenciador lo denegó en auto de veintinueve de marzo pasado fundándose en que el mismo demandante, en el párrafo antepenúltimo de la demanda, estimó la cuantía de la acción en la suma de quinientos pesos ($ 500.00) moneda corriente. Agrega ese proveído denegatorio que como tal cuantía no aparece objetada en el curso del juicio, ni que por tal motivo hubiera sido fijada en otra suma mayor, surge como definitiva, y por ende, ningún motivo de duda ofrece ella.

El actor y pretenso recurrente solicita reposición de esa decisión y presenta dos peticiones: una principal, en el sentido de que se le conceda el recurso de casación interpuesto, y otra subsidiaria, para que se considere cuando menos como dudosa la cuantía de la acción y en este último caso se proceda a un avalúo pericial previo, como lo ordena el artículo 524 del C. J. En caso de resolverse negativamente tales peticiones, solicitó igualmente que se le extendieran copias de los documentos pertinentes, a efecto de recurrir de hecho ante esta Superioridad.

Negada la reposición, tales copias han llegado y es el caso de decidir sobre el fundamento del recurso interpuesto.

La Corte considera:

Es evidente que el actor, en el libelo respectivo, dijo categóricamente que estimaba la cuantía de la acción en la suma de quinientos pesos moneda corriente, haciendo así uso de la facultad que le otorga el artículo 205 del C. J., sin que el demandado, por su parte, la hubiera objetado en el término legal. Alega ahora el recurrente que la estimación hecha en la demanda tiene por objeto determinar la jurisdicción del juez ante quien se presenta, y ese fue el motivo que tuvo para hacer tal fijación; pero que ésta no

puede tener el alcance de limitar los efectos de la demanda.

La interpretación y alcance que efectivamente pueda tener la fijación de la cuantía de la acción por parte del actor, para los efectos de la concesión del recurso de casación, fue ya señalada por la Corte en auto proferido para caso semejante, que dice:

"La estimación de la cuantía corresponde al demandante (art. 205, C. J.). Y el demandado es quien debe objetarla, para que en este caso se determine, previo dictamen pericial (art. 206). Cuando esto no sucede se entiende que el demandado acepta la cuantía que fijó el actor. La fijación de la cuantía, en principio, tiene por objeto determinar o fijar la competencia del juez, pero puede suceder, y sucede muchas veces, que el demandante señale desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite o el máximum de ésta. Cuando esto sucede, como en el presente caso, esa estimación es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado. No puede, por lo tanto, un Tribunal ni encontrar motivo de duda en el valor de una acción así determinada, ni mucho menos sobreponerse a la fijación hecha por el directamente interesado, como es el demandante. No juega papel el hecho de que los contratos u obligaciones sobre que versa la demanda aparezcan con un valor mayor, si el demandante los asignó uno menor al iniciar la demanda". (G. J., XLVI, número 1933, febrero 11 de 1938).

Tal es el caso idéntico que se presenta en este recurso, dado que el actor fijó perentoriamente la cuantía de la acción en quinientos pesos, sin expresar que sólo deseaba determinar la competencia del juez y sin que por otra parte dijera que se reservaba una estimación total de la acción para el momento de interponer el recurso de casación. No es posible, con tales elementos derivados del proceso, considerar que se está en presencia de un caso dudoso y ordenar, en consecuencia, que se haga un avalúo especial del valor actual de la acción, como lo dispone el artículo 521 del C. J. Si el demandante señaló, desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite o el máximum de ésta, no puede el juzgador modificar esa situación de hecho, que ha sido respetada por el opositor, aceptando la explicación ulterior de que sólo se tuvo el propósito de fijar la competencia jurisdiccional, pero no una avaluación definitiva de la acción incoada.

También alega el recurrente que durante las dos instancias fueron avaluados los frutos que pudo producir la cosa cuya restitución se pretende, dando por resultado que aquéllos se apreciaron, en la primera instancia en $ 175,00 anuales, y en la segunda, en $ 152.00; y tales frutos, en el período de tiempo en que el demandado retuvo el lote valieron $ 1,852, moneda legal, a lo que hay que agregar, según él, el valor del terreno, que debe tenerlo igual, por lo menos, al de los frutos producidos durante la retención.

Anota la Corte que no puede aceptarse el avalúo caprichoso que en este estado quiere hacer el demandante de la finca reivindicada. Por lo demás, aun aceptándose que el bien raíz valía quinientos pesos, según avalúo preciso y no discutido hecho por el recurrente, y que los frutos podían alcanzar a la cantidad mayor avaluada en las instancias. ($ 1,852.00), se tiene que estas dos estimaciones sumadas no alcanzan a la cantidad mínima de tres mil pesos señalada por el artículo 519 del C. J., para poder conceder la casación en ordinarios de esta naturaleza.

Tampoco sería el caso de ordenar un avalúo especial de la acción, porque tal medida sólo cabe en casos dudosos y en el de autos no existe duda, contándose con los elementos que ya arroja el proceso.

Por 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, estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segundo

grado pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el dos de febrero del presente año.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, archívese el expediente y ofíciese al Tribunal.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo el respeto que me merecen las ideas de mis ilustrados colegas, me veo precisado a salvar mi voto en el fallo anterior, por no estar de acuerdo con la doctrina preconizada en él respecto a la cuantía de la acción, que desde luego es la misma que la Corte ha venido sosteniendo desde hace bastante tiempo.

Sintetizo brevemente las razones de mi disentimiento:

Establece tal doctrina que cuando el demandante fija en la demanda la cuantía de la acción, de manera precisa, y el demandado no la objeta, queda determinada de una vez para todos los efectos legales y ya no es posible suscitar dudas sobre el particular, ni es procedente hacerla avaluar para saber si cabe, o no, el recurso de casación.

Entiendo yo que la estimación de la cuantía hecha por el actor en su libelo de demanda no tiene, ni puede tener, otro efecto que el de establecer la competencia del Juez, como lo dice el artículo 205 del Código Judicial al hablar de que la demanda debe expresar "la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia".

En mi concepto, la competencia a que se refiere este artículo es únicamente la del Juez que ha de conocer del pleito y no la de la Corte, porque lo relativo al recurso de casación está reglamentado en otra parte del Código Judicial, distinta del Título II del Libro II, que sólo trata de la demanda y de la respuesta.

Darle al artículo citado una significación más amplia de la que sus términos claramente expresan, me parece que no se justifica, y como no encuentro precepto legal alguno que le atribuya a la estimación de la cuantía hecha por el actor y no objetada por el demandado, la propiedad de hacer a determinado juicio susceptible o no del recurso de casación, considero que la doctrina que critico no tiene sólidos fundamentos jurídicos.

La misma doctrina se presta, por otra parte, para que asuntos que sí tienen en realidad la cuantía que la ley señala para gozar del recurso de casación, no queden sujetos a él, y para que otros que no la tienen puedan venir en casación, si las cuantías han sido fijadas caprichosamente y no se han objetado, con lo cual se burla fácilmente el pensamiento del legislador al preceptuar que sólo determinados juicios gocen del recurso extraordinario de que he hablado.

Me confirma en estas ideas lo dispuesto en el artículo 524 del Código Judicial, en el cual no se dice que cuando no se haya estimado la cuantía, sino que cuando haya verdadero motivo de duda acerca del valor de la acción, como, por ejemplo —pienso yo— cuando aquélla no verse sobre cantidad conocida, o cuando de las varias piezas del juicio no se deduzca claramente cuál es el valor efectivo de la acción, el Tribunal ordena su avalúo. Esto era lo que se hacía bajo el imperio del Código Judicial anterior, como lo disponían los artículos 4 y 7 de la Ley 90 de 1920, artículos que deben servir para interpretar rectamente el 524 del Código vigente.

De esta manera sí se cumplen los fines que el legislador se propuso al establecer el recurso de casación para algunos juicios, y no queda aquél sometido a la apreciación que por capricho, por inadvertencia o por convenio tácito hayan hecho las partes del valor de la acción, ni a la estimación que para el solo efecto de la competencia del Juez haya dado el actor.

Fundado en las someras consideraciones que dejo expresadas, estimo que el recurso de hecho interpuesto por Francisco Jiménez debía haber prosperado.

Isaías Cepeda

REIVINDICACION

1.—El heredero que vende una cosa de su causante se despoja de sus derechos hereditarios sobre ella; y si lo que vende es un inmueble, antes de haberse realizado la partición, se reputa haber hecho la tradición desde la venta, según lo preceptúa el artículo 1875 del C. C.—2.—La posesión es un fenómeno proveniente de una situación estable y merece el respeto y la protección de la ley.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio nueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1.—Por escritura número 140, de 29 de marzo de 1898, pasada ante el Notario Público principal del Circuito de Cartagena, Antonio Pio Gulfo vendió a los señores Eloy Castellón y Antonia Pardo de Castellón, "una isla llamada 'La Chiclana', compuesta de media caballería de tierra" con sus árboles y potreros, situada a orillas de la Ciénaga de Tesca, en jurisdicción del Distrito de Cartagena, "encontrándose dentro de dicha media caballería los puntos llamados 'El Pozón' y 'Algodonal', nombres nuevos".

2.—Por escritura número 1,052, de 20 de noviembre de 1931, Notaría Primera del mismo circuito, el señor Manuel Morales Pardo vendió al señor Federico Terril: "Primero. Una acción de las diez en que se consideran divididas seis y media caballerías de las ocho que componen los terrenos proindivisos llamados 'Los Arenales', situados a dos leguas de esta ciudad, lindando con los de Múcura, Baldín, Palenquillo y Ternera. Segundo. Media caballería de la una caballería de tierra que compone la hacienda 'Doña Manuela', situada a inmediaciones del corregimiento de Ternera, lindando con las tierras del mismo nombre y con la de 'Los Arenales'; y además, varios lotes de terreno que corresponden a las tierras de 'Los Arenales' y de la hacienda 'Doña Manuela'. En uno de esos lotes, uno de cuyos linderos es el agua salada de la Ciénaga de Tesca, se dice que está incluída la isla llamada 'La Chiclana' y excluído 'El Algodonal'."

3.—Según escritura número 210, de 31 de octubre de 1934, de la Notaría Tercera de Cartagena, el mismo señor Manuel Morales Pardo vendió a los señores Luis C. Aguilar y Elías G. Cáceres "los derechos herenciales que en su condición de hijo legítimo, le corresponden en la sucesión de los señores Antonia Pardo de Castellón y Eloy Castellón, esposos legítimos, radicados en media caballería de tierra nombrada 'La Chiclana, Algodonal y Pozón', situada a inmediaciones de esta ciudad (Cartagena), en los terrenos de 'Los Arenales', de esta jurisdicción, media caballería que se distingue por los linderos siguientes: La Ciénaga de Tesca; potrero del doctor Juan N. Botet; terrenos del señor Federico Terril y camino real de por medio, con Doña Manuela y terrenos del doctor Juan N. Botet".

Juicio ordinario.

Por medio del libelo fechado el 6 de julio de 1935 Luis C. Aguilar y Elías G. Cássores demandan por vía ordinaria a Federico Terril, solicitando que dicho de-

mandado sea condenado a restituír a la sucesión de la señora Antonia Pardo de Castellón o a la sucesión de Eloy Castellón y Antonia Pardo de Castellón, representada por los demandantes, el lote de terreno que aparece descrito en el hecho primero del libelo y que fue materia de la venta celebrada entre Manuel Morales Pardo y los actores, por escritura pública número 210 de 1934. Igualmente suplicaron que se condenara a Terril a pagar los frutos civiles y naturales producidos o que haya debido producir ese lote de terreno, desde la fecha en que viene ocupándolo Terril, y a las costas del proceso.

El demandado contestó la demanda negando tanto los hechos como el derecho de los actores para reivindicar dicho inmueble, denunció el pleito a su vendedor Morales Pardo y, en pliego separado, formuló demanda de reconvención contra los reivindicantes.

Tramitó la primera instancia el Juez Tercero Civil del Circuito de Cartagena, quien en fallo de 27 de octubre de 1937 la desató condenando al demandado a restituír el terreno señalado como materia de la reivindicación y al pago de las costas del juicio; absolviéndolo del pago de frutos y negando los cargos de la contrademanda.

Apelada dicha providencia por el apoderado del demandado para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, le correspondió a tal entidad tramitar el segundo grado del proceso y finalizarlo por sentencia fechada el 14 de julio de 1939, en la cual confirmó en parte la providencia condenatoria de primera instancia, menos en lo relativo a la restitución del lote denominado 'El Algodonal' y al reconocimiento de costas por parte del demandado.

Declara el fallo de segundo grado infundadas las excepciones de carencia de derecho para pedir y petición antes de tiempo y de modo indebido, propuestas por el opositor, por considerar que no vienen debidamente demostradas en el proceso. Declaró la viabilidad y operancia de la acción reivindicatoria incoada, fundándose en que se habían demostrado plenamente los requisitos indispensables para que prosperara tal acción de condena, o sea, el dominio por parte del demandante, la posesión del demandado y la identidad respecto de la cosa singular que se pretende reivindicar.

En lo referente al primer elemento enunciado, considera la sentencia que se ha acreditado el carácter de heredero que tiene Morales Pardo en las sucesiones de Antonia Pardo de Castellón y Eloy Castellón —aun cuando no se haya traído al proceso la prueba directa de ese carácter reconocido en tales juicios sucesorios— en virtud de una presunción no desvirtuada en este juicio y que hace consistir en la demostración del estado civil que tiene el vendedor Morales Pardo, como hijo legítimo de Antonia Pardo de Castellón, y en la condición de única heredera que tiene esta última respecto de su segundo marido legítimo Eloy Castellón, fallecido antes que su esposa. No habiéndose presentado otro heredero a reclamar mejor derecho en esas dos sucesiones, presume el Tribunal que Morales Pardo era heredero de ambas sucesiones, sin necesidad de expreso reconocimiento, y bien podía vender a los actores Aguilar y Cáseres sus derechos herenciales sobre el inmueble que fue materia de la compraventa relacionada con la escritura número 210 de 1934.

Estima igualmente el Tribunal que los actores han demostrado su derecho de dominio sobre el bien reivindicado, porque tal inmueble fue adquirido por los esposos Castellón-Pardo de Antonio Pío Gulfo, según instrumento notarial número 140 de 1898; y siendo Morales Pardo heredero de tales causantes, bien podía vender el bien raíz que se reivindica a los actores en este proceso. Comoquiera que el demandado Terril alega que ese mismo inmueble le fue vendido por Morales Pardo según escritura 1,052 de 1931, o sea, en fecha anterior a la venta hecha por el mismo vendedor a los actores en 1934, desestima el Tribunal esta

pretensión de dominio del demandado fundándose en dos argumentos: 1º En que sí se considera incluído en la venta hecha al demandado Terril el inmueble reivindicado —cuestión de suyo dudosa con la sola lectura del instrumento de venta— es indudable que Morales vendió cosa ajena, porque tal bien no quedó comprendido en la venta que le hizo su madre Antonia Pardo de Castellón por escritura 1,356 de 1930, y por lo tanto, no le pertenecía a la fecha de la compraventa; y 2º que por esa circunstancia no pudo trasmitir el dominio del bien disputado a Terril, ya que la tradición, como modo de adquirir, requiere por parte del tradente que sea dueño de la cosa, que tenga facultad de transferir el dominio sobre ella y que la entrega esté acompañada de la intención de enajenar; en forma tal que si falta una de estas tres condiciones no hay tradición, y en consecuencia, Morales Pardo no pudo transmitir a Terril el dominio sobre el fundo en litigio de 'La Chiclana, Algodonal y Pozón'.

Respecto de la identidad de la cosa reivindicada, concluye el Tribunal que se ha demostrado suficientemente este requisito, porque los linderos que expresa la demanda coinciden en un todo con los de la escritura 210 de 1934, que sirve de título a los actores; fuera de que dos declaraciones contestes recibidas en segunda instancia confirman tal identidad, y la inspección ocular no aportó elementos que la contradijeran.

Por los anteriores motivos la sentencia acusada en casación decreta la reivindicación del inmueble cuya restitución se solicita, con excepción del lote denominado "El Algodonal", por no haberse demostrado respecto de éste la posesión del demandado, sino antes bien, que tal parcela se halla en poder de Juan Buendía L. y en tal virtud los actores deben reivindicar de Buendía y no de Terril. Respecto del resto del inmueble, estima el Tribunal suficientemente comprobada la posesión del demandado, por su propia confesión contenida en la contestación al punto cuarto de la demanda y en el libelo de reconvención, cuyas peticiones se desestiman por los motivos que acaban de extractarse.

Recurso de casación.

Contra la mencionada sentencia del Tribunal de Cartagena interpuso recurso de casación el apoderado del demandado Terril, por considerarla violatoria de la ley, tanto por infracción directa como por aplicación indebida e interpretación errónea; lo que conduce a la Sala a estimar —aun cuando no lo dice el recurrente— que alega la causal primera de las consagradas en el artículo 520 del C. J. Acusa el fallo por haber reconocido a los reivindicantes una personería que no han acreditado; por haber aceptado, sin base en el proceso, la identidad del terreno que se reivindica; y por haber consagrado la tesis de la venta de una misma cosa a dos personas, con perjuicio del primer comprador. De esta manera se concretan los cargos que formula a la providencia sometida al recurso:

Capítulo 1º—A) El estado civil deberá constar en el respectivo registro, cuyas actas serán las pruebas. La muerte de una persona, como elemento determinante de la condición de heredero por parte de otra, deberá acreditarse con la partida de defunción, no siendo suficiente ni aun la confesión judicial de la contraparte. A falta de la prueba principal podrá recurrirse, según el artículo 395 del C. C., a pruebas supletorias, tales como declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil que se pretende evidenciar en juicio.

El Tribunal aceptó para comprobar la muerte de Antonia Pardo de Morales las declaraciones de nudo hecho de Amado Morales Castro y Félix Herrera, no ratificadas durante este proceso. La salvedad que establece el artículo 693 del C. J. para aceptar declaraciones de nudo hecho, impone que tal circunstancia excepcional se declare expresamente en la

ley y tal no es el caso de autos. Al dar por comprobada la muerte de dicha señora con tales testimonios de nudo hecho, incurrió el Tribunal en error de hecho en la apreciación de dichas pruebas e infringió, por interpretación errónea, los artículos 395 del C. C. y 693 del C. J. De igual modo violó, por aplicación indebida, el artículo 1,325 del C. C., al aceptar el pretendido carácter de heredero de Morales Pardo y reconocerles personería a los reivindicantes para intentar esta acción.

B) No solamente dio por indebidamente demostrado el carácter de heredero de Morales Pardo, sino que aceptó la ilógica presunción de que Antonia Pardo de Morales era heredera única de Eloy Castellón. Resolvió sin prueba alguna el problema sucesoral de dos mortuorias —las de Antonia Pardo y Eloy Castellón— para concluír que Morales Pardo es heredero de Castellón. Tal presunción es ilegal y palmario el error de derecho en la estimación de la prueba, desde luego que por una simple partida de matrimonio no puede concluirse que, muerto un cónyuge, el otro sea su heredero único; y el error de hecho es también evidente. Tales errores condujeron a violar, por aplicación indebida, los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C., sobre reivindicación.

Capítulo 2º—Al decretar la reivindicación violó el Tribunal la ley, por el aspecto de la identidad del bien, si se tiene en cuenta que el terreno a que se refiere el título de los reivindicantes (escritura número 210 de 1934), no coincide con el que vendió Pío Gulfo a los esposos Castellón-Pardo, de suerte que los actores no pueden pretender derechos sobre tal bien. El Tribunal arguye que dos declaraciones contextes también confirman la identidad de la finca reivindicada, por los linderos de la escritura número 210, de donde emana el título de reivindicación de los demandantes. Incurrió el Tribunal en error de hecho manifiesto en la apreciación de la escritura número 140 de 1898, desde luego que versando ella sobre la venta de una isla, no lo quiso ver así el Tribunal; y en error de derecho en la apreciación de tales declaraciones, al atribuírles el poder de adicionar y alterar una escritura pública. Violó directamente por estos conceptos los arts. 946, 950, 1,325, 1,767 del C. C. y 91 de la Ley 153 de 1887.

Capítulo 3º La sentencia del Tribunal confirma la de primer grado, que condena a Terril a restituír a la sucesión de Antonia Pardo de Castellón o a la sucesión de Antonia Pardo de Castellón y Eloy Castellón, representadas por los actores, el bien raíz reivindicado. Al confirmar ese fallo violó el Tribunal el art. 971 del C. J., que ordena a los juzgadores dar su derecho a cada una de las partes; y no puede otorgarse tal derecho en la forma disyuntiva en que se falló este litigio. Por tal concepto, hay violación directa de ese precepto legal.

Capítulo 4º Sostiene el Tribunal que la propiedad de la isla de "La Chiclana" "era de la señora Pardo de Castellón y de la sucesión ilíquida de su marido Eloy Castellón, de manera que al venderle Morales Pardo a Terril la mencionada isla por escritura número 1,052 de 1931, le vendió cosa ajena perteneciente a una sucesión ilíquida, en parte, y a la señora tantas veces mencionada". Aceptada la tesis anterior del Tribunal, y suponiendo que Morales Pardo fuese heredero de las dos sucesiones Castellón-Pardo y que el inmueble vendido por él a Terril fuera el mismo que éstos adquirieron de Gulfo, una vez obtenida por Morales una adjudicación sucesoria sobre dicho inmueble debe entenderse que Terril adquirió el dominio de él desde la fecha de la escritura que le otorgó Morales.

Estima que al situar el Tribunal la cuestión en el terreno propuesto, quebrantó los artículos 752, 1,873 y 1,875 del C. C., por no haberlos aplicado al caso del pleito; violó por aplicación indebida el 946 de la misma obra y el 1,325 ibídem, pues el heredero que vende una cosa que hace parte de la sucesión de su

causante, pierde los derechos hereditarios y ni él ni los causahabientes de esos pretendidos derechos tienen la acción reivindicatoria para perseguirlos a nombre de la sucesión. Incurrió, además, en error de derecho en la apreciación de las escrituras 1,052 y 210 en referencia y también violó directamente el artículo 1,871 del C. C., en que se expresa que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Capítulo IV. — Venta ilegítima de derechos hereditarios hecha a los actores sobre un bien raíz ya vendido anteriormente.

Al estudiar en el debido orden lógico los cargos formulados contra la sentencia, estima la Corte que debe limitarse al que acaba de indicarse a efecto de decidir, como se hará en el curso de esta motivación, si tiene fundamento jurídico suficiente para infirmar el fallo acusado y pronunciar en instancia el que haya de sustituirlo. Conviene al método de esta exposición apreciar por separado la cuestión de hecho y la de derecho que contiene la tacha antes mencionada.

A) Cuestión de hecho.

1º En el estudio de la cadena de títulos traslaticios del dominio del inmueble que se pretende reivindicar, ocupa el primer lugar la escritura número 140 de 1,898, por la cual Gulfo vende a los esposos Castellón-Pardo "una isla llamada 'La Chiclana', compuesta de media caballería de tierra..., encontrándose dentro de dicha media caballería los puntos llamados 'El Pozón' y 'Algodonal', nombres nuevos".

2º Por escritura número 1,356 de 1930 Antonia Pardo de Castellón vende a su hijo Morales Pardo varios bienes raíces, entre otros "una caballería de tierra nombrada 'Doña Manuela', situada a inmediaciones de la aldea de 'Ternera', lindando con las tierras del mismo nombre y las de 'Arenal', derecho de dominio que comprende también los potreros que existen en dicha caballería de terreno..... con casas de habitación y para trabajadores, aguadas..."

3º Por escritura número 1,052 de 1931 —éste es el título de dominio que alega en su favor el recurrente— Morales Pardo vende al poseedor demandado Federico Terril varios inmuebles ubicados en esa misma región del Corregimiento de Ternera, alrededores del Distrito de Cartagena, comprendiendo en esa venta "media caballería de la una caballería que compone la hacienda 'Doña Manuela', situada a inmediaciones del Corregimiento de 'Ternera', lindando con las tierras del mismo nombre y con las de 'Los Arenales'. Igualmente manifiesta en el punto tercero de dicho instrumento que vende varios lotes de terreno que corresponden a las tierras de 'Los Arenales' y de la hacienda 'Doña Manuela'; y en uno de tales lotes, que aparecen perfectamente determinados y alinderados por todos sus lados y uno de cuyos límites es el agua salada de la Ciénaga de Tesca, declara de manera explícita lo siguiente: **"quedando incluído en el lote que se limita la isla llamada 'La Chiclana' y excluído 'El Algodonal'."** (Subraya la Corte).

4º El demandado Terril solicita una inspección ocular en el sitio donde se encuentra el terreno materia de la reivindicación, con el fin de que peritos asociados a la diligencia y que deben ser conocedores de las tierras de "Doña Manuela" y "La Chiclana", identifiquen: a) los puntos limítrofes y líneas de demarcación del lote de terreno comprendido entre los vendidos por Morales a Terril, por medio de la escritura 1,052, en el cual se dijo que quedaba incluída "La Chiclana" y excluído "El Algodonal"; y b) que determinen los peritos si dentro del lote de terreno antes particularizado, cuyos linderos se trascriben y son los mismos de la escritura 1,052, se encuentra o no comprendido el terreno correspondiente al antiguo Pozón, así como también rastros de las antiguas casas de ese terreno,

comprendiendo también la venta de la isla nombrada "La Chiclana", sin incluír "El Algodonal", el cual posteriormente, como parte de la media caballería 'La Chiclana", fue vendido por Morales a Juan Buendía, por escritura número 381 de 1934.

Practicada esa inspección los peritos de común acuerdo manifestaron "que están conformes en todas sus partes con los linderos del terreno anteriormente descritos", y en la misma diligencia se trascriben textualmente los linderos señalados al lote vendido por la escritura 1,052. Agregaron respecto del punto segundo "que sí se encuentra comprendido el antiguo 'Pozón', así como también rastros de la existencia de las antiguas casas de ese terreno comprendiendo la isla 'La Chiclana'."

5º Por escritura número 381 de 1934 Morales Pardo vende a Juan Buendía L. "una coquetera nombrada 'El Algodonal', situada a inmediaciones de esta ciudad, en la orilla de la Ciénaga de Tesca, que hacía parte del globo de tierra de la isla de 'La Chiclana'....., siendo los linderos generales la Ciénaga de Tesca, la isla nombrada 'La Chiclana' de **propiedad de Federico Terril** y potreros de este mismo señor y del doctor Juan N. Botet. Que esta isla fomentada de cocos y árboles frutales y pastos artificiales hacía parte del globo de media caballería de tierra nombrada "La Chiclana", que compró el señor Eloy Castellón y su esposa doña Antonia Pardo de Castellón al señor Antonio P. Gulfo, por escritura número 140 de fecha 29 de marzo del año de 1898 y pertenece hoy al otorgante **por compra que hizo de las tierras de 'Doña Manuela', hacienda ésta a la cual estaba incorporada dicha coquera** según así consta en la escritura número 1,356 de fecha 4 de octubre de 1930, otorgada en esta Notaría. Que por escritura número 1,052, de fecha 20 de noviembre de 1931 **el otorgante vendió al señor Federico Terril la mitad de la hacienda de 'Doña Manuela', incluyendo 'El Pozón' y la islita 'La Chiclana' dejando constancia en dicha escritura que quedaba excluída de la venta la isla o coquera 'Algodonal' que hoy vende por este instrumento al señor Juan Buendía L."** (subraya la Corte).

Con la atenta lectura de los anteriores elementos probatorios documentales llega la Corte a la conclusión de que Morales sí vendió al demandado Terril, por la escritura número 1,052 de 1931, el inmueble que en este juicio pretenden reivindicar los actores. Así se desprende de lo expresado claramente en el referido instrumento, cuando al deslindar el lote de terreno vendido se dijo que quedaba incluída la isla llamada "Chiclana" y excluído "El Algodonal". También la inspección ocular demostró que los linderos señalados a ese lote por la escritura de venta número 1,052 estaban conformes en todas sus partes con los linderos recorridos por los peritos actuarios. Y si quedara alguna duda respecto de la intención manifiesta que tuvo Morales de vender a Terril el fundo que se pretende reivindicar, tal duda viene a ser definida por el mismo vendedor Morales Pardo —que es precisamente quien podía hacerlo— cuando en la escritura de venta a Buendía (número 381 de 1934), expresó con claridad y precisión que "La Chiclana" era de propiedad de Terril; que esta finca estaba incorporada a la hacienda de "Doña Manuela", y por último, que vendió a Terril la hacienda "Doña Manuela" incluyendo "El Pozón" y la islita de "La Chiclana". En forma tal que esa inspección ocular y este instrumento público posterior vienen a corroborar debidamente que la intención de Morales fue vender a Terril la finca materia de este pleito; de manera que la alusión que aparece hecha en la escritura de venta a Terril traduce realmente la voluntad e intención que existió entre los contrayentes de traspasar el dominio de este bien.

B) Cuestión de derecho.

Falta ahora por dilucidar si Morales Pardo vendía a Terril cosa propia o ajena: si en la venta posterior hecha a los actores, de derechos hereditarios sobre la finca materia del debate, pudo traspasar

el dominio de ésta; y los efectos jurídicos de ambas ventas, realizadas en fechas sucesivas, respecto del mismo bien.

Por el análisis que se hizo anteriormente concluye la Corte que Morales vendió a Terril cosa propia y se funda en la consideración ya esbozada de que la finca de "La Chiclana", excluído "El Algodonal", hacía parte integrante y estaba comprendida dentro de los linderos generales de la caballería de tierra nombrada "Doña Manuela" que la señora Antonia ya había vendido a su hijo por medio de la escritura 1,356 de 1930. Ahora bien, demostrada debidamente en los autos esa circunstancia, es indudable que Morales bien pudo trasmitir a Terril, como en efecto trasmitió, el dominio de la finca disputada —aun contemplándose el caso de la venta posterior de los derechos hereditarios sobre esa misma cosa hecha a los actores— en virtud de lo dispuesto en el artículo 1,873 del C. C., que resuelve precisamente este caso de doble venta del mismo bien y estatuye que si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Y tal es a cabalidad la situación de Terril, quien desde que compró esas fincas a Morales en 1931 entró en posesión de ellas, dentro de los términos y condiciones del contrato celebrado.

Pero aun aceptándose la hipótesis consistente en que la finca reivindicada no estaba comprendida en la venta de "Doña Manuela", que hizo la madre al hijo en virtud de la escritura 1,356 de 1930, querría esto significar que en tal caso Morales Pardo vendió a Terril cosa ajena, convención que en sí misma tenía completa validez y plena virtualidad como creadora de obligaciones personales, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, mientras no se hubieran extinguido por el lapso del tiempo (artículo 1,871 del C. C.). En tal evento el inmueble vendido pertenecía, a la fecha de la venta hecha a Terril, a la señora Antonia y a la sucesión ilíquida de Eloy Castellón. Pero como posteriormente murió la señora Antonia, en 19 de enero de 1933, según presunción aceptada y sostenida por los actores; y como Morales Pardo vino a ser heredero en ambas sucesiones propietarias, según otra presunción consagrada por la sentencia acusada y también reconocida por los demandantes, se desprende de lo dicho que con posterioridad a la venta hecha a Terril, Morales Pardo vino a adquirir la propiedad del bien que le vendió, en virtud del modo de adquirir de la sucesión.

Situada en este punto, y en gracia a la misma hipótesis, la cuestión jurídica que se estudia, concluye la Corte que tanto la venta de cosa ajena como la tradición inscrita del dominio hecha por Morales a Terril vinieron a tener pleno efecto y virtualidad en vista de la adquisición posterior realizada por el vendedor en su carácter de heredero, pues sabido es 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 trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá éste trasferido desde el momento de la tradición. (Art. 752 del C. C.).

Fuera de lo dicho, también consagra nuestro derecho positivo que vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará el comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición (artículo 1,875 del C. C.). Y tal vendría a ser en realidad el caso contemplado en la hipótesis que se examina, si no fuera la otra solución la demostrada.

De manera que en cualquiera de las dos situaciones fluye el derecho de dominio del demandado Terril sobre la cosa que se pretende reivindicar. Conclusión lógica de tal premisa es la de que la venta posterior hecha por Morales a los actores Aguilar y Cásseres, por escritura 210 de 1934, no produjo ni pudo producir el importante efecto jurídico de traspasarles el dominio del bien cuya restitución suplican. Esto es así porque el he-

redero que vende una cosa de su causante se despoja de sus derechos hereditarios sobre ella; y si lo que vende es un inmueble, antes de haberse realizado la partición, se reputa haber hecho la tradición desde la venta, según lo preceptúa el artículo 1,875 del C. C.

La situación de Terril merece, por ese motivo, el respeto del juzgador, por dos razones, a saber: a) porque es una cuestión aceptada por ambas partes que Terril está en posesión del fundo y si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro (artículo 1873, C. C.); y b) porque al reivindicante compete evidenciar su derecho de dominio y debe hacerlo en forma tal que desvirtúe la presunción establecida a favor del poseedor demandado, dado que la posesión es un fenómeno proveniente de una situación estable y merece el respeto y la protección de la ley; y los reivindicantes no han destruído tal posición privilegiada del poseedor demandado.

Fallo:

Estima la Corte que al enfocar el Tribunal la cuestión debatida en la forma en que lo hizo violó, por no haberles dado aplicación, los artículos 752, 1,873 y 1,875 del C. C. También incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de las escrituras públicas números 1,052 de 1931 y 210 de 1934, violándose igualmente por indebida aplicación los artículos 946 y 1,325 de la misma obra. Tal circunstancia conduce a que prospere la causal de tacha alegada en el capítulo cuarto de la demanda de casación y a que, en consecuencia se quiebre la sentencia acusada. Por lo cual, al asumir la Corte la función de tribunal de instancia, debe, por las consideraciones que se han hecho, que se estiman suficientes, revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver al demandado de todo cargo en este juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el catorce de julio de mil novecientos treinta y nueve y falla este pleito así:

Primero. Revócase la sentencia proferida en primer grado por el Juez tercero del Circuito de Cartagena en este negocio y en su lugar se absuelve al demandado.

Segundo. No hay lugar a hacer las declaraciones suplicadas en la demanda de reconvención.

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

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RESOLUCION DE CONTRATO Y RESTITUCION DE BIENES

Cuando la sentencia es absolutoria no cabe alegar incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez de julio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El señor Leopoldo Osorio R., por medio de apoderado, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el once de julio del año próximo pasado, en el juicio ordinario sobre resolución de dos contratos de compraventa, seguido por aquél contra la señora María Rita Osorio Rodríguez en el Juzgado del Circuito de Santa Rosa de Cabal.

Admitido y tramitado legalmente el recurso, se pasa a decidirlo.

Los antecedentes de este negocio son los siguientes:

1º Por escritura número 156, del 13 de febrero de 1928, otorgada en la Notaría del Circuito de Santa Rosa de Cabal, la señora Beatriz Rodríguez V. de Osorio dijo vender a la señora María Rita Osorio la tercera parte de una casa de dos pisos, ubicada en dicha ciudad y determinada como se indicó en aquella escritura.

2º Por escritura número 808, del 20 de agosto de 1928, otorgada en la misma Notaría, la señora Beatriz Rodríguez v. de Osorio declaró que vendía a la señora María Rita Osorio las dos terceras partes restantes de la casa a que se refiere el punto anterior.

3º La señora Beatriz Rodríguez v. de Osorio falleció el 24 de septiembre de 1936 y dejó como herederos a sus hijos legítimos Leopoldo, Rafael Antonio, Mariano, Víctor José, María Pastora, María Mercedes, María Dolores y María Rita Osorio Rodríguez; y

4º El señor Leopoldo Osorio R., por medio de apoderado, obrando a nombre de la sucesión ilíquida de la señora Beatriz Rodríguez v. de Osorio, presentó el 10 de octubre de 1936 demanda ordinaria contra la señora María Rita Osorio R., en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que está resuelto por falta del pago del precio el contrato de compraventa determinado en la escritura número 156 de 13 de febrero de 1928, otorgada en la Notaría de este Circuito y registrada.

"b) Que igualmente está resuelto por falta del pago del precio el contrato de compraventa determinado en la escritura número 808 de agosto de 1928, otorgada en la Notaría de este Circuito y registrada.

"c) Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, el dominio de los predios determinados en tales escrituras vuelve a poder de su antigua dueña y consecuencialmente a la herencia o sucesión ilíquida de la finada señora Beatriz Rodríguez v. de Osorio, representada por sus hijos legítimos Leopoldo, Rafael Antonio, Mariano, Víctor José, María Pastora, María Mercedes, María Dolores y María Rita Osorio R.

"d) Que la demandada queda en la obligación de restituir a la herencia o sucesión de la señora Rodríguez, representada por mi mandante y por las personas determinadas en el punto anterior, los predios individualizados en las mentadas escrituras números 156 de 13 de febrero de 1928 y 808 de 20 de agosto de 1928.

"e) Que la demandada debe pagar a la herencia o sucesión ilíquida de la señora

Rodríguez, representada por las mismas personas, los perjuicios consiguientes por no haber cumplido las obligaciones que le impusieron los contratos, perjuicios que estimo en la cantidad de **mil pesos** moneda legal y en subsidio lo que determinen peritos.

"f) Que la demandada debe pagar además las costas del juicio".

El Juez, por sentencia del cuatro de octubre de mil novecientos treinta y siete falló el pleito así:

"1º Declárase resuelto por falta del pago del precio el contrato de compraventa determinado en la escritura número 156 de 13 de febrero de 1928, otorgada en la Notaría de este Circuito y registrada.

"2º Declárase igualmente resuelto por falta del pago del precio el contrato de compraventa determinado en la escritura número 808 del 20 de agosto de 1928, otorgada en la Notaría de este Circuito y registrada.

"3º Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el dominio de los predios determinados en tales escrituras vuelve a poder de su antigua dueña y consecuencialmente a la herencia o sucesión ilíquida de la finada señora Beatriz Rodríguez v. de Osorio, representada por sus hijos legítimos Leopoldo, Rafael Antonio, Mariano, Víctor José, María Pastora, María Mercedes, María Dolores, y María Rita Osorio Rodríguez.

"4º La demandada María Rita Osorio queda en la obligación de restituír a la herencia o sucesión de la señora Beatriz Rodríguez v. de Osorio, representada por las personas determinadas en el numeral anterior, los predios individualizados en las mentadas escrituras números 156 de 13 de febrero de 1928 y 808 de 20 de agosto de 1928, inmediatamente se ejecutorie esta sentencia.

"5º La demandada debe pagar a la herencia o sucesión ilíquida de la señora Rodríguez, representada por las personas ya mentadas, los perjuicios consiguientes por no haber cumplido las obligaciones que le impusieron los contratos, en la forma como se dejan estimados en la parte motiva de la providencia, o sea, veinticinco pesos mensuales desde la época en que dejó de habitar con su madre en la dicha propiedad y la dio en arrendamiento con destino al cuartel de policía.

"No se hace condenación en costas".

De esta sentencia apeló la demandada y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal dictó la sentencia acusada, en la cual dijo:

"Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia de primera instancia que ha sido materia de la apelación;

"Segundo. Declárase probada la excepción perentoria de que habla la parte motiva y como consecuencia absuélvese a la demandada Rita Osorio de todos los cargos de la demanda; y

"Tercero. No hay lugar a costas a cargo de ninguna de las partes en ambas instancias".

El recurrente, en una demanda confusa, desordenada y contraria por completo a la técnica de la casación acusa la sentencia como "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida e interpretación errónea".

Considera que la sentencia viola los artículos 1546, 1769, 1849, 1930, 1934 y sus concordantes del Código Civil y 607 del Código Judicial.

Estima también que viola los artículos 471 y 472 del Código Judicial, "porque no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes", y que hubo error de hecho y de derecho al apreciar la prueba de la confesión de la demandada.

Los argumentos del recurrente pueden sintetizarse así:

En las escrituras 156 y 808 atrás citadas, se hicieron constar dos contratos de compraventa celebrados entre Beatriz Rodríguez v. de Osorio y María Rita Osorio R. Esta confesó, en posiciones, que no había pagado los precios respectivos, luego el fallo ha debido declarar resueltos tales contratos por el no pago de los precios, con la correspondiente indemniza-

ción de perjuicios; y como la sentencia del Tribunal no hizo esa declaración, no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante y viola las disposiciones legales citadas por el recurrente.

El Tribunal estimó que las pruebas producidas en el juicio, si bien demostraron que la compradora María Rita Osorio R. no había pagado el precio de los bienes a que se refieren las escrituras mencionadas, ello obedeció a que tales contratos de compraventa no eran reales, verdaderos sino simulados, y declaró probada la excepción perentoria "consistente en que no hay dos contratos de compraventa que puedan ser materia de resolución", y consecuencialmente absolvió a la demandada de los cargos de la demanda.

La Corte considera:

En las referidas escrituras números 156 y 808 consta que la otorgante vendedora Beatriz Rodríguez. v. de Osorio manifestó tener recibidos los precios de las ventas respectivas, a su entera satisfacción.

En sentido contrario a estas declaraciones el proceso arroja varios elementos probatorios, entre los cuales conviene mencionar los siguientes:

En el poder que el señor Leopoldo Osorio R. confirió al doctor Pedro Luis Jiménez para iniciar el pleito, lo autorizó para que "demande la nulidad o resolución, o ambas cosas, del contrato de compraventa verificado simulañamente entre mi señora madre y la señora Rita Osorio R. . . ."

En el memorial de fecha 2 de febrero de 1937, por medio del cual el doctor Jiménez pidió que se recibieran unas declaraciones, memorial visible al folio 16 del cuaderno principal, se lee:

"6ª Si es verdad que es un hecho de notoriedad pública que la señora Osorio R. no le pagó a la señora Beatriz Rodríguez los seis mil pesos, precio de la casa que le escrituró, no solamente porque la demandada jamás llegó a tener ni siquiera mil pesos, sino también porque en toda la familia y en el público se sabía que las escrituras eran simuladas".

En el memorial de fecha 5 de octubre de 1936, por medio del cual el doctor Jiménez solicitó que la presunta demandada absolviera unas posiciones, manifestó que el objeto de ellas era "obtener la nulidad o resolución del contrato. . ."

En varias de las preguntas hechas en las indicadas posiciones, el apoderado del actor, al preguntar, confiesa que los referidos contratos de compraventa sobre que ha versado el pleito no fueron reales y verdaderos, sino aparentes. Lo mismo confiesa la absolvente. Para demostrarlo, se copian algunas.

A la octava, que dice: "Cómo es verdad —sí o nó— que su madre quiso favorecerla a usted en vida, otorgándole escritura, como la otorgó, de la casa de dos pisos, situada en esta ciudad y que sirve actualmente de cuartel para la policía? Contestó: Es cierto".

A la novena, que dice: "Cómo es cierto —sí o nó— que usted se titula dueña de tal casa por la concesión que le hizo su madre de otorgarle las dos escrituras que usted conserva. Contestó: Es cierto".

A la décima, que dice: "Cómo es verdad —sí o nó— bajo la gravedad del juramento y poniendo a Dios por testigo, que usted no tenía en el año de 1928, y cuando se otorgaron las dos escrituras, la cantidad de seis mil pesos oro, precio fijado a la casa en los contratos de que hablan las escrituras? Contestó: Es cierto que no tenía esa cantidad".

A la duodécima, que dice: "Cómo es verdad —sí o nó— que después de la aparente venta que su madre le hizo a usted de la casa, ella siguió viviendo con usted en la misma casa y hace poco tiempo que se pasaron a vivir a una casa de don Adolfo Buitrago, en la cual falleció su madre? Contestó: Es cierto".

Por último, los testigos Luis Mejía G., Esmaragdo López, Jesús Osorio G., Adolfo Buitrago y Rafael Gutiérrez J. declararon, a petición de la demandada, en forma más o menos uniforme, que en Santa Rosa de Cabal "es público y noto-

rio, o de fama pública, que la señora Rodríguez cedió su casa de habitación a su hija Rita por gratitud para con ella, ya que ésta siempre estuvo al cuidado de su madre".

De las indicadas pruebas se deduce que el actor no logró establecer que la demandada esté debiendo el precio de los bienes aludidos, porque si es verdad que ella confesó que no había pagado ese precio, esta declaración no puede tomarse aisladamente, sino que es preciso analizarla y aceptarla en relación con los demás puntos contestados, esto es, que la confesión de la demandada debe tomarse en su totalidad o en su conjunto, porque no es legal aceptarla en parte y en parte no (artículo 609 del C. J.). Luego si ella confesó que no pagó el precio, fue porque según las preguntas que se le hicieron y las contestaciones que dio, no adquirió obligación alguna de pagarlo, toda vez que los contratos celebrados no fueron reales, sino aparentes.

Debiendo estimarse así dicha prueba, resulta evidente que el demandante no escogió bien la acción, por lo cual no puede prosperar, pues incurrió en petición de un modo indebido.

No puede aceptarse la tacha de que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante, no sólo porque siendo absolutoria no cabe ese cargo, sino porque, como se ha visto, el demandante no consiguió establecer que la demandada esté realmente debiendo el precio de los bienes sobre que ha versado el pleito.

La sentencia no violó, por tanto, las disposiciones legales citadas por el recurrente, pero el Tribunal sí incurrió en error de derecho al declarar probada la excepción "consistente —dice la sentencia— en que no hay dos contratos de compraventa que puedan ser materia de resolución" cuando, como atrás se dijo, la excepción que resulta probada es la de petición de un modo indebido.

De consiguiente, habrá que casar la sentencia, por esta razón, para corregir el error en que incurrió el Tribunal.

Encuentra la Corte dos aspectos en este juicio dignos de crítica, a saber: que haya Jueces que hagan absolver posiciones extrajuicio sin sujeción estricta a las normas claramente trazadas en los arts. 614, 616 y 617 del Código Judicial, como sucedió con las que se obligó a absolver a la presunta demandada, y que el Tribunal emitiera en la sentencia conceptos que equivalen a un claro prejuzgamiento de cuestiones que pueden ser materia de un nuevo juicio.

Fundada en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el once de julio de mil novecientos treinta y nueve, y en su lugar resuelve:

Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia dictada por el señor Juez del Circuito de Santa Rosa de Cabal con fecha cuatro de octubre de mil novecientos treinta y siete.

Segundo. Declárase probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido, y, en consecuencia, se absuelve a la demandada de todos los cargos de la demanda.

Tercero. Sin costas, en las instancias y en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca— El Secretario, Pedro León Rincón.

OBJECIONES A UNA PARTICION.—GASTOS DE PARTICION. — HONORARIOS DEL PARTIDOR.—PORCION CONYUGAL.

1.—Los gastos atendidos por el partidor, que son los de registro de la partición, protocolización del expediente, papel sellado para la actuación final, precisamente han de hacerse porque la ley los impone, y su cuantía será la que en su oportunidad quede señalada de acuerdo con ésta; por tanto, no cabe reparo porque se hayan previsto ni porque el cálculo pueda carecer de exactitud matemática, siendo así que ni bajan ni suben porque él haya sido por cifra menor o mayor de la que a la postre venga a ser el monto efectivo de las erogaciones aludidas. De otro lado, es de señalada conveniencia prevenirlos en la partición, entre otras razones por la muy poderosa y práctica de no exponer la completa terminación de la causa mortuoria al retardo intencionado o no de cualquiera de los dos interesados en su concurrencia al pago y el de no exponer a los interesados acuciosos a cargar, al menos de pronto, con la totalidad de una erogación en que sólo llevan parte. Además, por analogía se justifica esa inclusión con lo que para los juicios divisorios establece el art. 1142 del C. J. — 2.—No hay motivo legal tampoco para objetar la partición por el hecho de haberse incluído en ella la partida para honorarios del partidor, la cual suele hacerse de acuerdo entre los interesados y el partidor. — 3.—Nuestro Código Civil quiere asegurar al cónyuge sobreviviente cierto haber llamado porción conyugal y determinado, según el caso, como establece en cada uno de sus incisos su artículo 1236; y al dar a esa porción la calidad de asignación forzosa con la atención puesta en la mira inicial de asegurar la subsistencia del cónyuge, le señala el límite implicado por dicho artículo 1236 y consecuencialmente toma en cuenta al cónyuge supérstite lo que tenga o haya de recibir por otra fuente o concepto; de suerte que no hay lugar a porción cuando este patrimonio vale más o siquiera lo mismo de lo que valdría la porción ante el artículo 1236, y cuando vale menos, a título de porción lleva sólo el complemento (artículo 1234, inciso 1º). En este caso se descuento ese patrimonio distinto (artículo 1234, inciso 2º), y lo deducido va a engrosar el acervo total líquido (artículo 1243), o la mitad legitimaria (artículo 1248). Salta a la vista que no cabe ni pensar en agregaciones cuando no hay deducciones, puesto que es lo que se toma en cuenta por ese patrimonio distinto al cónyuge sobreviviente lo que, en su caso, se agrega a dicho acervo total o a la mitad legitimaria. — 4.—Los artículos 1234 y 1237 del C. C. se armonizan no viendo en el último sino la autorización al difunto de favorecer a su consorte con asignaciones que afectarán la cuota libre de sus bienes, la que, como libre que es, no podría darse por cerrada a una persona por la cual la ley misma vela; y, además, una regla de contabilidad que organiza la imputación así: lo que de suyo valdría la porción aun sin merced alguna, se imputa a porción conyugal, y el exceso, que es lo que a la verdad constituye merced, se imputa a la cuota libre, con lo que, de otro lado, se respeta la integridad de las otras cuotas forzosas, sean sólo la mitad legitimaria o ésta con más la cuarta de mejoras. Cuando el difunto asigna tal o cual bien a su consorte o le reconoce créditos de que no hay principio de prueba por escrito y, por tanto, a la luz de los artículos 1008, 1162 y supérstite habrá de llevar su legado como 1120 del C. C. lo instituye legatario, el manda el artículo 1237, si a mayor abun-

damiento para plena claridad ha advertido el difunto al legar que el valor de lo legado no se tome en cuenta al computar la porción sino que se tome de la cuota libre. Precisamente el cónyuge, a más de su porción conyugal íntegra, ha de llevar su legado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, once de julio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán confirmatoria de la del Juzgado 1º de ese Circuito que aprobó la partición de los bienes en la causa mortuoria del señor Eusebio Rivera, interpuso casación el heredero Manuel Jesús Rivera, recurso que, admitido y tramitado debidamente, debe ya decidirse.

Eusebio Rivera murió en Popayán el 8 de abril de 1936 bajo testamento cerrado que con la tramitación del caso se abrió y protocolizó ante el Notario 1º de ese Circuito por instrumento Nº 152, de 6 del subsiguiente mayo.

Allí, después de declarar que se casó tres veces, que en su primer matrimonio tuvo un hijo llamado Manuel Jesús y que en el segundo no hubo hijos, que las causas mortuorias de ambas señoras se siguieron hasta su completa terminación y que en su tercer matrimonio ha tenido una hija llámada Teresa de Jesús, dice cuáles son los bienes propios de él introducidos a su último matrimonio y cuáles los de su tercera sociedad conyugal y que a ésta introdujo su esposa siete cabezas de ganado vacuno y $ 340 oro colombiano, advierte que ni él ni esta sociedad conyugal deben nada. Tal es en resumen el contenido de las ocho primeras cláusulas del testamento.

La novena, que comienza con dicha declaración sobre ausencia de deudas, reza, además, lo que por su pertinencia se trascribe; a saber:

"Hechas las declaraciones anteriores, es mi voluntad hacer las siguientes disposiciones: 1ª Mi mujer, señora Elena Guevara, si no opta por la mitad de gananciales, tendrá derecho a recibir como porción conyugal la legítima rigorosa que le corresponde, sin computarse en ella el valor de los bienes de que trata la declaración octava, imputándose el excedente a la porción de bienes de que puede disponer libremente; 2ª Instituyo como herederos a mis hijos Manuel Jesús Rivera, de mi primer matrimonio con Bibiana Ríos, y a mi hija Teresa de Jesús Rivera G., hija de mi tercer matrimonio con Elena Guevara; 3ª Como mi hijo Manuel Jesús Rivera recibió —elegidos por él— los bienes que al liquidarse la sociedad conyugal Rivera-Ríos le correspondieron por herencia materna y los ha malbaratado y ha sido indiferente y de conducta reprobable para conmigo, le asigno únicamente la legítima rigorosa que le corresponde legalmente; 4ª A mi hija Teresa de Jesús Rivera G. le asigno, además de su legítima rigorosa, la cuarta de mejoras y todo lo demás que quede de la cuarta de que puedo disponer libremente, cubierto el legado de que hablaré más adelante..."

El recurrente formula sus cargos en tres capítulos, así: el 1º sobre la hijuela de gastos; el 2º sobre la del cónyuge sobreviviente, y el 3º sobre la liquidación de la sociedad conyugal. Todos se incluyen dentro del motivo 1º de los del art. 520 del C. J., pues consisten en violación de disposiciones sustantivas por interpretación errónea, por aplicación indebida o por falta de aplicación, según se discrimina en seguida al estudiarlos, a lo cual se procede en el mismo orden en que se formulan.

1. Este cargo consiste en que el partidor, entre las bajas para cuyo pago separa bienes en la correspondiente hijuela, hace figurar una partida por los gastos restantes del juicio hasta su completa terminación calculándolos en $ 200, y otra por el valor de sus honorarios que fija en $ 268.12. Dice el recurrente que esta fijación es arbitraria y que ninguna

de las dos partidas figura en las disposiciones legales que indican las bajas comunes, y de ahí deduce la violación de varias disposiciones del Código Civil, así: ante todo, del artículo 1390, que hace de cargo de todos los interesados a prorrata los gastos de la partición, en cuanto al deducirse del haber común, se descarga de su respectiva cuota a los interesados cuyo haber no depende del valor líquido de los bienes o no se fija como porción de éste; del 1392, por no haber mediado avalúo pericial en la fijación de esas partidas; del 1411, por no tratarse de deudas hereditarias, y del 1016 y el 2495, por no figurar ellas en las listas de bajas o créditos formuladas en estas disposiciones, razón ésta por la cual acusa también de violación del artículo 5º de la Ley 63 de 1936.

Se considera:

Los gastos restantes atendidos por el partidor, que son los de registro de la partición, protocolización del expediente, papel sellado para la actuación final, precisamente han de hacerse porque la ley los impone, y su cuantía será la que en su oportunidad quede señalada de acuerdo con ésta; por tanto, no cabe reparo porque se hayan previsto ni porque el cálculo pueda carecer de exactitud matemática, siendo así que ni bajan ni suben porque él haya sido por cifra menor o mayor de la que a la postre venga a ser el monto efectivo de las erogaciones aludidas. De otro lado, es de señalada conveniencia prevenirlos en la partición, entre otras razones por la muy poderosa y práctica de no exponer la completa terminación de la causa mortuoria al retardo intencionado o no de cualquiera de los interesados en su concurrencia al pago y el de no exponer a los interesados acuciosos a cargar, al menos por de pronto, con la totalidad de una erogación en que sólo llevan parte. Además, por analogía se justifica esa inclusión con lo que para los juicios divisorios establece el art. 1142 del C. J.

Otro tanto ocurre con los honorarios del partidor. A falta de fijación testamentaria y a veces aun con ella, se determinan por acuerdo entre el partidor y los interesados, generalmente; con frecuencia el partidor indica la respectiva cifra haciéndola figurar en su trabajo, y entonces de ordinario se entiende que si no hay objeción al respecto, hay asentimiento unánime y, por ende, obligatorio; pero cuando los interesados o cualquiera de ellos manifiestan su inconformidad con la fijación que el partidor ha hecho de suyo, es claro que no media el asentimiento implícito de los interesados a que se acaba de aludir. Entonces queda por hacerse la fijación definitiva extrajudicialmente o con intervención del juez, el cual, en cuanto sea procedente, acudirá a peritos.

Por lo visto, ningún daño hay y sí clarísimas ventajas con la inclusión en el trabajo de partición generalmente acostumbrada de partidas como las discutidas en el presente caso. En muchos esa inclusión por innecesaria o por cualquier otro motivo puede no hacerse; pero cuando de ella no se prescinde, no se ve por qué pueda derivarse de ahí objeción a la partición. No sobra observar que si, a despecho de lo advertido, pudiera suponerse que la sola inclusión de tales partidas obligara a pagar sin discrepancia las cantidades indicadas por el partidor, tendría expedita su acción de reembolso el interesado que resultara cargando con lo que a otro correspondiese.

No se ha entrado a considerar si en toda partición ha de tenerse a los legatarios, sin distinción alguna, por partícipes obligados a concurrir al costo de la partición ante el citado artículo 1390, porque esa cuestión es extraña al presente caso, tanto por la forma en que se presenta el recurso de casación, cuanto por las peculiaridades del juicio. Sabido es que estas peculiaridades no pueden menos de tenerse en cuenta para cada caso por el juzgador.

En fuerza de lo dicho, se halla inadmisible el cargo.

II. En su segundo capítulo el recurrente dirige sus cargos contra la hijuela formada a la señora Guevara. En obsequio de la claridad se anticipan estas reflexiones generales: nuestro Código Civil quiere asegurar al cónyuge sobreviviente cierto haber llamado porción conyugal y determinado, según el caso, como establece en cada uno de sus incisos su art. 1236; y al dar a esa porción la calidad de asignación forzosa con la atención puesta en la mirada inicial de asegurar la subsistencia del cónyuge, le señala el límite implicado por dicho artículo 1236 y consecuentemente toma en cuenta al cónyuge supérstite lo que tenga o haya de recibir por otra fuente o concepto; de suerte que no hay lugar a porción cuando este patrimonio vale más o siquiera lo mismo de lo que valdría la porción ante el artículo 1236, y cuando vale menos, a título de porción lleva sólo el complemento (artículo 1234, inc. 1º). En este caso se descuenta ese patrimonio distinto (artículo 1234, inc. 2º), y lo deducido va a engrosar el acervo total líquido (artículo 1243) o la mitad legitimaria (artículo 1248). Salta a la vista que no cabe ni pensar en agregaciones cuando no hay deducciones, puesto que es lo que se toma en cuenta por ese patrimonio distinto al cónyuge sobreviviente lo que, en su caso, se agrega a dicho acervo total o a la mitad legitimaria.

En la presente sucesión la señora Guevara, ejercitando el derecho conferido por el artículo 1235, optó por la porción conyugal, lo que, al tenor de esta disposición, implica que abandonó "sus otros bienes y derechos". Esto implica también, por otra parte, que no ha habido lugar a deducción alguna de las que corresponderían en el caso contrario, esto es, en el de haber optado por conservarlos y en que, si ese patrimonio distinto resultara valiendo menos que la porción calculada nominalmente sobre las bases del citado artículo 1236, recibiera sólo el complemento a título de porción conyugal.

Se observa de paso que en esta sucesión no hay hijos naturales y es evidente e indiscutido que los herederos son dos hijos legítimos y que la viuda concurre con ellos en la mitad legitimaria para llevar cuota igual de ésta, o sea, como legítima rigorosa una tercera parte. Se dice esto, por cuanto, así las cosas, al aludirse al valor nominal de la porción conyugal ha bastado simplemente citar el artículo 1236 como determinante de su valor nominal, sin haberse de considerar en esta sentencia los problemas suscitados por la entrada de los hijos naturales en concurrencia con los legítimos tanto a la sucesión misma como a la cuarta de mejoras, establecida por la Ley 45 de 1936. Apenas habrá para qué advertir que esta alusión a la cuarta de mejoras no reza con la porción conyugal, puesto que a esa cuarta no tiene acceso el cónyuge. Se cita aquí sólo por lo que en relación con las cuotas forzosas tangencialmente se tocará adelante.

Ha solido encontrarse oposición entre el artículo 1234 que obliga, por decirlo así, a requisar al cónyuge con el fin de establecer nimiamente si tiene algo para tomársele en cuenta, y el 1237 que autoriza a que lleve por herencia, donación o legado del difunto más de lo que valdría la porción conyugal. Pero es de acogerse el concepto que armoniza las dos disposiciones no viendo en la última sino la autorización al difunto de favorecer a su consorte con asignaciones que afectarán la cuota libre de sus bienes, la que, como libre que es, no podría darse por cerrada a una persona por la cual la ley misma vela; y, además, una regla de contabilidad que organiza la imputación así: lo que de suyo valdría la porción aun sin merced alguna, se imputa a porción conyugal, y el exceso, que es lo que a la verdad constituye merced, se imputa a la cuota libre, con lo que, de otro lado, se respeta la integridad de las otras cuotas forzosas, sean sólo la mitad legitimaria o ésta con más la cuarta de mejoras.

Cuando el difunto asigna tal o cual bien a su consorte o le reconoce créditos de que no hay principio de prueba por escrito y, por tanto, a la luz de los artículo

1008, 1162 y 1120 del C. C. lo instituye legatario, el supérstite habrá de llevar su legado como manda el artículo 1237, si a mayor abundamiento para plena claridad ha advertido el difunto al legar que el valor de lo legado no se tome en cuenta al computar la porción sino que se tome de la cuota libre. Precisamente el cónyuge, a más de su porción conyugal íntegra, ha de llevar su legado.

Y como esto fue lo que dispuso Eusebio Rivera en la cláusula novena de su testamento trascrita en lo pertinente, es inaceptable el cargo de violación de las disposiciones sustantivas citadas que formula el recurrente porque el Tribunal aprobara en su sentencia recurrida una partición que procedió como manda el testador y como ordenan o autorizan esas disposiciones mismas.

Se rechaza el cargo.

III. Formula el de violación de esas mismas disposiciones y del artículo 1830 del C. C. como capítulo III de su demanda de casación. Se refiere tanto a que la liquidación de la sociedad conyugal hecha por el partidor fue sólo nominal o aparente, cuanto a la forma en que la hizo.

Atendidas las peculiaridades del presente juicio, de que no puede ni debe prescindirse, el cargo es inoperante, por la decisiva razón de que al optar la viuda por porción conyugal con el consiguiente abandono de sus otros bienes y derechos, según queda visto, los patrimonios se confundieron en uno solo y no hubo lugar ni objeto en indagar cuáles bienes eran sociales, cuáles propios de cada cónyuge o cuál habría sido el monto de los gananciales. Así las cosas, la forma teórica en que se proceda a esa liquidación no influye sobre el monto efectivo del haber líquido ni consiguientemente sobre el de su mitad, y esta es, como legitimaria, el dividendo que partido por el divisor tres (los dos hijos y la viuda), da como cociente el valor de la legítima rigorosa y por ende el de la porción conyugal.

De esa liquidación prescindió, hallándola inoficiosa, el partidor en su primer trabajo; acogida la objeción que por ello formuló el actual recurrente, en el nuevo trabajo de partición esa liquidación se formula y da como valor consecuencial de la legítima rigorosa en la subsiguiente liquidación de la sucesión del cónyuge difunto la cantidad de $ 5,532.10. El recurrente indica como legal otra liquidación que lo conduce a señalar como monto de tal legítima la cantidad de $ 5,867.93, lo que se la aumentaría en $ 335.83.

Pero en estricto derecho, si el total inventariado es de $ 34,192.60 y las bajas comunes $ 2,000, el haber líquido asciende a $ 32,192.60 y, valiendo así $ 16,096.30 la mitad legitimaria, el monto de esa legítima es sólo de $ 5,365.43.

La partición aumenta en favor del recurrente el monto de su legítima, por lo que acaba de verse, en $ 166.66.

Como él es único recurrente, así como fue único objetante a la partición, no puede ordenarse ahora que ella se rehaga por haber incurrido en este yerro que lo favorece.

Del propio modo no cabe corregir aquí, por esas mismas circunstancias y razones, el error de no haberle cubierto a la señora Guevara la totalidad del legado que le hizo su marido; éste le reconoce, no sólo los $ 340 atendidos en la partición, sino siete cabezas de ganado de que ésta hizo caso omiso, sin que la señora nada objetase o reclamase.

Las precedentes consideraciones sobre porción conyugal y sociedad conyugal hacen ver que el tercer cargo es inaceptable.

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 esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION.—DOMINIO—INCONGRUENCIA.

1.—El dominio establece una situación normal que de suyo no ocasiona controversia; la acción que de él toma nombre no nace de él sino del acto ajeno que, quebrantando la obligación general de respetar a cada cual lo suyo, determina el litigio en que se busca el restablecimiento de esa normalidad. 2.—Con sostenida uniformidad ha hallado la Corte que una sentencia absolutoria no puede ser tachada de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y que esa falta no puede consistir en que el fallo no colme las aspiraciones de tal o cual de éstos, sino que se halla, y este es en su caso el respectivo motivo de casación, ya en que deje de decidir sobre algo oportuna y legalmente puesto "*sub judice*", ya en que decida "*extra*" o "*ultra petita*".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Por medio de apoderado los señores Angel M. Taborda Ch. y Antonio y Ramón E. Taborda J. instauraron contra los señores Inocencio, Celestino y Joaquín Marín juicio ordinario de reivindicación del lote de terreno ubicado en Marmato que como parte de la finca Moraga se alindera en el libelo.

En el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio cursó la primera instancia y se decidió absolviendo a los demandados sin costas y sin lugar a estudiar sus excepciones, en sentencia de 10 de febrero de 1938. Apelada por los demandantes, el Tribunal Superior de Manizales la confirmó en la de segunda instancia el 16 de septiembre de 1939, contra la cual los Tabordas recurrieron en casación, recurso que, tramitado debidametne, va a decidirse.

Entre los fundamentos del fallo recurrido figura ante todo la deficiencia de los títulos aducidos por los actores para acreditar su dominio sobre el inmueble de que se trata, y la falta de identidad entre esto y lo poseído por los Marines. De ahí que los cargos del abogado recurrente versen en primer lugar sobre error en la apreciación de esos títulos y de la inspección ocular y dictamen pericial rendido con motivo de ella, error que, al decir de él, es tanto de derecho como de hecho y del que hace derivar la violación de las disposiciones legales sustantivas que cita, entre ellas las relativas a la acción reivindicatoria, quebrantadas por no haberse aplicado.

Los aludidos títulos son estas escrituras públicas: la de venta de Moraga por la sociedad Bartolomé Chaves y Hermanos a Baltasar Ochoa el 19 de enero de 1887, y la de aclaración de la misma sobre precio en su cuantía y forma de pago, otorgada el 20 del subsiguiente febrero; la de venta de Santiago Branch a Angel M. y Roberto Taborda de la mitad de Moraga, el 24 de marzo de 1907; la de venta de la otra mitad de Moraga a Angel M. Taborda por la señora Adela Chaves de de la Roche, el 25 de febrero de 1909; la de venta de Francisco A. Taborda a Angel M. Taborda de una cuota de Moraga el 18 de octubre de 1912; la de transacción y de venta a Angel M. Taborda de una cuota de Moraga, otorgada por él y Francisco A. Taborda como albacea de

Roberto Tabordá el 19 de agosto de 1914, y las hijuelas formadas a favor de los actuales demandantes en partición aprobada el 15 de diciembre de 1927 en la sucesión de la señora Candelaria Jaramillo de Tabordá.

El recurrente se limita a deducir de la sola cita su referido cargo contra el fallo del Tribunal, dando por sentado que las compras a Branch y a la señora Adela y las transacciones posteriores entre los Tabordas confirieron el dominio de Moraga a una sociedad conyugal disuelta con la muerte de la señora Carlota Jaramillo, y que, con tales antecedentes, las adjudicaciones en la mortuoria de esta señora acreditan satisfactoriamente la propiedad de los actores.

Pero acontece que, aun aceptando sin reparo que no falte eslabón en la cadena de títulos de que se está hablando y que todo ello sea como dice el recurrente, se llega hacia atrás a las compras referidas de sendas mitades de Moraga a Branch y a la señora Adela, quienes derivan su título de la sucesión de don Bartolomé Chaves, y no está acreditado que este señor fuera jamás dueño de Moraga. Por el contrario, su nombre figura en las escrituras de 1887, las que acreditan enajenación de él, y esto, no personalmente, sino en representación de Bartolomé Chaves y Hermanos.

Hasta sorprende que el recurrente haga figurar en la lista de las escrituras que favorecen a su parte y cuya mala apreciación hizo desconocer, en su sentir, el dominio de ella, esas escrituras de 1887 en que el señor Chaves aparece vendiendo, así hubiese sido esto en nombre propio.

El Tribunal califica esa situación de inexplicable y sugiere como posible explicación el que el señor Chaves hubiera adquirido a Moraga después de la venta a Ochoa en 1887. Y el recurrente afirma que en efecto eso sucedió mediante la escritura número 81, otorgada en la Notaría de Supía el 18 de marzo de 1890; pero de este instrumento no hay prueba alguna en el expediente, en el que apenas figura en esta manifestación del abogado.

Así las cosas, las ventas de Branch en 1907 y de la señora Adela en 1909 no pueden tener aquí validez distinta de la que les da el artículo 1871 del C. C. Y como, según éste, la venta de cosa ajena vale, pero sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, es estrictamente legal que con la titulación presentada por los Tabordas no encuentre el sentenciador destruída la presunción de dominio que en favor de los poseedores establece el artículo 762 de ese Código.

Faltando a los actores ese elemento, el primordial de la acción ejercitada, es inconducente estudiar si el predio se singularizó en forma cabal y si se identificó o no, en todo o en parte, lo demandado por ellos con lo poseído por los Marines, detalles éstos cuyo estudio viene a ser procedente y necesario sólo cuando aquella cuestión inicial y básica ha recibido respuesta afirmativa. Esto indica la inconducencia del cargo sobre apreciación de la inspección ocular y del experticio.

El dominio establece una situación normal que de suyo no ocasiona controversia; la acción que de él toma nombre no nace de él sino del acto ajeno que, quebrantando la obligación general de respetar a cada cual lo suyo, determina el litigio en que se busca el restablecimiento de esa normalidad.

El recurrente pide la aplicación del artículo 210 del C. J. alegando que si aquella inspección y dictamen precisan siquiera en parte lo demandado, al menos en esta parte debe decretarse lo pedido; pero olvida que para la prosperidad de su acción le es preciso ante todo una titulación satisfactoria. No habiéndola traído al proceso, es evidente la referida inconducencia del estudio siquiera de los restantes elementos que configuran una reivindicación. No hay, por lo mismo, lugar tampoco a considerar lo tocante a

aplicabilidad de ese artículo 210 en casos como el presente.

Lo dicho hasta aquí conduce a rechazar los cargos referidos, o sea, los formulados dentro del motivo 1º de los que establece el artículo 520 del C. J.

También se invoca el motivo 2º de esta disposición, el que también se halla inadmisible. Con sostenida uniformidad ha hallado la Corte que una sentencia como la que aquí se estudia, que absuelve a la parte demandada de los cargos de la demanda, no puede ser tachada de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y que esa falta no puede consistir en que el fallo no colme las aspiraciones de tal o cual de éstos, sino que se halla, y éste es en su caso el respectivo motivo de casación, ya en que deje de decidir sobre algo oportuna y legalmente puesto sub judice, ya en que decida extra o 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, no casa la sentencia pronunciada en este juicio el diez y seis de septiembre último por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica — Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón. Srio. en propiedad.

OPOSICION A ADJUDICACION DE BALDIOS — DOMINIO DE TIERRAS POR LA CORONA ESPAÑOLA—DOMINIO EMINENTE DEL ESTADO—PRIMERAS LEYES SOBRE DOMINIO DE TIERRAS—BALDIOS—REGIMEN DE PRESCRIPTIBILIDAD DE BALDIOS — RESERVAS DE LA NACION CONFORME A LA LEY 70 DE 1873 Y AL CODIGO FISCAL DE ESE AÑO. — COMISIONES AGRARIAS CREADAS POR LA LEY 56 DE 1905.

1.—El dominio de las tierras en Colombia perteneció a España por derecho de ocupación y de conquista, según las reglas universalmente aceptadas; y a virtud de lo dispuesto por la Ley 1ª, Título 1º, Libro 3º, de la Recopilación de Indias, estas tierras se declararon patrimonio real. Más tarde aquellas tierras pertenecieron a la República, que subrogó a la Corona de España en los derechos constitutivos del dominio eminente, atributo especial de la soberanía. En ejercicio de tales derechos se inició la organización de la propiedad privada, regulando las relaciones patrimoniales de los individuos entre sí y con el Estado. La ley de 13 de octubre de 1821 autorizó la venta de baldíos. El principio legal establecido en el artículo 5º de esa ley se reprodujo en el Código Fiscal de 1873 y perduró hasta el año de 1882, en que el art. 3º de la Ley 48 de ese año modificó tal principio. — 2.—El artículo 25 de la Ley 56 de 1905 autorizó al Gobierno para crear comisiones agrarias y determinar sus facultades, por medio de decretos ejecutivos. En desarrollo de esta última ley se dictó el Decreto Ejecutivo número 1057 de 1907, sobre creación de la Junta Agraria del Magdalena. — 3.—Desde 1882 se declararon de uso público los baldíos y, por ende, imprescriptibles.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1.—En memorial fechado en abril de 1933 Patricio de Avila, vecino de Ciénaga, solicitó a la Gobernación del Departamento del Magdalena que se le adjudicara, a título de cultivador, un globo de terreno baldío que denominó "Loma Fresca", de veinte hectáreas de extensión, ubicado en la región de "Orihueca", Municipio de Ciénaga, comprendido dentro de los linderos que señala.

2.—Con una información sumaria de tres testigos, levantada ante el Juzgado Primero Municipal de Ciénaga, y con una inspección ocular, quiso establecer el peticionario que es cultivador del lote que con carácter de baldío solicita.

3.—Cuando se cumplían en la Secretaría de Hacienda de aquel Departamento los trámites establecidos por el Código Fiscal, se opuso a dicha adjudicación la señorita Beatriz Noguera, según consta en memorial de 18 de septiembre de 1933, alegando el carácter de propietaria exclusiva de los terrenos que solicitaba de Avila en adjudicación.

Juicio ordinario.

Por virtud de tal oposición el expediente se remitió al Juez del Circuito de San Juan del Córdoba, a efecto de que se decidiera la controversia en trámite ordinario. Se aceptó como libelo de demanda

por parte de Beatriz Noguera el escrito de oposición, que se fundamenta en los siguientes hechos:

"a) Que la señorita Noguera es dueña de la séptima parte del predio denominado "Orihuequita", situado en el Distrito de San Juan del Córdoba; b) Que Patricio de Avila solicitó en adjudicación un globo de terreno que afirmó ser baldío, en el Distrito de San Juan del Córdoba, en la región de "Orihueca", con una cabida de veinte hectáreas; c) Que se opone en término a la adjudicación pedida; d) Que el globo pedido por el señor Avila como cultivador no es baldío, porque es parte integrante del predio denominado "Orihuequita"; e) Que se oponía oportunamente, ya que el expediente sobre dominio estaba en Ciénaga".

Tramitada la instancia sin que la actora exhibiera elemento probatorio alguno que evidenciara su dominio, el juez a quo decidió la controversia declarando infundada la oposición interpuesta. Fundó su providencia en la consideración elemental de que la actora no dio prueba alguna que evidenciara el dominio que tuviera sobre el terreno solicitado en adjudicación.

Apelada esa providencia por la parte demandante y practicadas las pruebas por ésta solicitadas, consistentes en la exhibición de varias escrituras públicas y en una inspección del terreno, practicada con intervención de peritos, el Tribunal Superior de Santa Marta puso fin a la segunda instancia en sentencia fechada el 28 de junio de 1938, confirmatoria en todas sus partes de la decisión absolutoria de primer grado.

La sentencia acusada

Sostiene el fallo acusado que de las escrituras públicas traídas a los autos se desprende clara y nítida la tradición del dominio que, arrancando de la compraventa hecha en la escritura pública número 81, de 5 de diciembre de 1893, por Concepción Espinosa de Durán a Sara Penha de Senior, del globo descrito como suyo en su memorial de oposición, se fija en la demandante Beatriz Noguera, como heredera de Diógenes y Mercedes Noguera; pero que por ninguna parte aparece el título originario dado por el Estado a la señora Espinosa de Durán o a las personas de quienes ella adquirió el derecho que traspasó a la señora Penha de Senior.

Acepta la sentencia que los peritos que reconocieron el terreno que perteneció a Diógenes Noguera, en que sucedió la demandante Beatriz Noguera, en su dictamen afirman que el lote recorrido hace parte de uno mayor llamado "Orihueca y Cañabobal". De modo que queda demostrado que las tierras mencionadas encierran las de la actora Beatriz Noguera; y también queda demostrado que dentro de estas últimas se halla lo cultivado por de Avila, denominado "Loma Fresca".

Pero apesar de encontrar correcta la tradición del dominio de tal lote de terreno desde 1893 hasta la fecha de la demanda; de ser causahabiente de tal derecho la actora Beatriz Noguera, y de haberse evidenciado que dentro de las tierras de la Noguera está la parcela cuya adjudicación solicita de Avila, encuentra el Tribunal infundada la oposición a la adjudicación del baldío, porque la opositora y demandante no exhibió el título primitivo en virtud del cual el Estado se desprendió del dominio, o sea, la adjudicación hecha por el Estado a favor de algún particular, lo que es indispensable, a su juicio, cuando lo que se discute no es la propiedad entre dos pretendidos dueños, sino la calidad de baldío de un terreno entre un denunciante y otro que se dice propietario. Agrega la sentencia que a falta de título emanado del Estado, deben aducirse pruebas tendientes a demostrar que tal título sí existió; y si se estima que pudo haberse adquirido el terreno baldío por prescripción, en la época en que esto era posible, también debieron producirse las pruebas conducentes.

En otra consideración funda igualmen-

te el Tribunal su fallo absolutorio, que conviene hacer conocer, porque ha dado origen a una de las causales de tacha en casación, y es la siguiente:"

En el Departamento del Magdalena funcionó una Junta Agraria creada por Decreto 1,057 de 1907, en virtud de la facultad otorgada por el artículo 25 de la Ley 56 de 1905. Dicha junta debía declarar sobre la validez de los títulos que tuvieran las personas que ocuparan terrenos dentro de un miriámetro de anchura, a uno y otro lado del Ferrocarril de Santa Marta. Entre las personas que comparecieron ante la Junta para obtener la declaración de que sus terrenos no eran baldíos figura Diógenes Noguera, de quien es causahabiente a título sucesoral su hija Beatriz. La mencionada junta declaró por Resolución número 2, de 7 de febrero de 1908, que no eran baldías las tierras de "Orihueca y Cañabobal"; y como el derecho de Noguera radicaba sobre tierras situadas en la región de "Orihueca", pues así se desprende de las escrituras de compraventa exhibidas y que obran en los autos, es evidente que la declaración que por solicitud suya hizo la junta, las señaló como de su propiedad particular, carácter con el cual pasaron a sus herederos.

Pero el Tribunal estima que tal estudio de títulos por la Junta Agraria no tenía más valor que el de un simple trámite de carácter administrativo destinado a declarar la validez de los títulos particulares, a efecto de decidir con ese mismo carácter si se trataba de terrenos de propiedad particular o de baldíos. Una resolución favorable de la junta no constituía título distinto de los que el interesado exhibiera, no sustituía el título primitivo de adjudicación por el Estado. De donde concluye el Tribunal que no puede considerar las resoluciones de aquella junta como sentencias firmes que hagan tránsito a cosa juzgada; de tal forma que si la junta apreció el mérito de los títulos exhibidos por la actora en este proceso, tal cosa no inhibe al juzgador para apreciarlos en juicio civil posterior, prescindiendo del concepto de la nombrada corporación.

Recurso de casación.

Acusa en casación la sentencia del Tribunal el apoderado de la actora, y aun cuando no lo dice expresamente, se desprende del contexto de la demanda que invoca el motivo primero de los señalados en el artículo 520 del C. J., señalándole la tacha de ser violatoria de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. De esta manera concreta tales ataques:

Primer cargo. — El Tribunal consideró que para los efectos de la presunción de dominio era menester aplicar la ley que estaba en vigencia el día de la presentación de la demanda, y como para esa fecha regían los artículos 44 del Código Fiscal y 675 del C. C., era de presumirse que el globo de terreno solicitado en adjudicación era baldío o nacional, y que quien afirmaba lo contrario debía probarlo.

Al apreciar en esta forma cuál era la ley aplicable al caso, el Tribunal cometió un error de derecho, pues estimó que la norma reguladora de ese fenómeno era la que existía el día de la presentación de la demanda y no la vigente a la fecha en que se dictó la sentencia. En materia civil sólo cuando se vulneran derechos adquiridos debe aplicarse la ley anterior, pero en el presente caso no hay derecho adquirido alguno, porque nadie adquiere derecho para que haya una presunción en determinado sentido. Este error de derecho hizo que el Tribunal violara directamente el artículo 2º de la Ley 153 de 1887, y como consecuencia de esa violación de tal regla de exégesis, también violó directamente el artículo 3º de la Ley 200 de 1936, sobre estatutos de tierras.

Segundo cargo. — El Tribunal admite que la Junta Agraria del Magdalena creada en desarrollo de la Ley 56 de 1905 y Decreto 1,057 de 1907, declaró que el globo de terreno pedido hoy en adjudicación como baldío era de propiedad particular.

Pero también estimó que las resoluciones de esa junta no tenían autoridad de cosa juzgada ni fuerza distinta de la que tuvieran los títulos que a ella se le presentaran por los particulares.

Al interpretar en esa forma el Tribunal las resoluciones de la Junta cometió error de derecho consistente en suponer que las decisiones de una junta creada por mandato de una ley, para estudiar precisamente el carácter de cada terreno, no se deben considerar como incorporadas en esa ley o por lo menos como emanadas de quien puede destruir la presunción de baldío que tiene todo terreno. Si una entidad creada por una ley declara que un globo de terreno no pertenece a la Nación sino a un particular, es absurdo pensar que cada vez que se trate de definir esa misma situación deba volverse a estudiar la titulación o las pruebas que tuvo a la vista la citada junta. Por este error de derecho el Tribunal violó directamente el artículo 25 y siguientes de la Ley 56 de 1905; por aplicación indebida, los artículos 44 del Código Fiscal y 675 del C. C.; y al negar el carácter de dueño del terreno, violó el artículo 669 del C. C.

Tercer cargo. — El Tribunal considera que el globo de terreno estaba poseído por Patricio de Avila y éste no probó nada de esto dentro del presente juicio de oposición. Se limitó a dejar las pruebas presentadas con la solicitud de adjudicación, las que fueron practicadas fuera de juicio y sin citación de la parte contraria. Además de esto, existe en el expediente el dictamen rendido por peritos que dice: "... Acto seguido procedimos a caminarlos en varias direcciones y al Este y dentro de los límites dichos, encontramos dos ranchos pajizos, en mal estado, habitados por Patricio de Avila, y una porción de tierra cultivada por de Avila con flores (margaritas) y paja, maíz, yuca, algodón, achiote, en una extensión no mayor de cuatro hectáreas, que dijo el mismo de Avila haber cultivado y denominado 'Loma Fresca'".

No obstante eso, el Tribunal consideró que el cultivador del globo lo era de Avila, no por las declaraciones extrajuicio que de nada valen en un juicio controvertido, si no se ratifican, sino por el dictamen de los peritos y sin tener en cuenta que fue el mismo de Avila quien dijo que era el cultivador. Siendo esto así, la oposición debía prosperar por ser Beatriz cultivadora de mejor derecho. A esta conclusión no llegó el Tribunal, dominado por el error de derecho citado al apreciar la prueba, y este error lo condujo a violar el artículo 66 del Código Fiscal.

Estudio de los cargos.

El dominio de las tierras en Colombia perteneció a España por derecho de ocupación y de conquista, según las reglas universalmente aceptadas; y a virtud de lo dispuesto por la Ley 1ª, Título 1º, Libro 3º, de la Recopilación de Indias, esas tierras se declararon patrimonio real. Más tarde aquellas tierras pertenecieron a la República, que subrogó a la Corona de España en los derechos constitutivos del dominio eminente, atributo especial de la soberanía (Gaceta Judicial de la C. S. de J. Nº 571, de 7 de abril de 1897).

En ejercicio de tales derechos se inició la organización de la propiedad privada, regulando las relaciones patrimoniales de los individuos entre sí y con el Estado. Para alcanzar ese resultado se dictó la Ley de 13 de octubre de 1821, en la cual a la vez que se autorizó la venta de baldíos, se procedió a empadronar la propiedad, sacándola de la situación de incertidumbre en que venía desarrollándose desde los primeros años del régimen colonial.

Esta ley dispuso en su artículo 5º que "los que poseyeran tierras baldías de tiempo inmemorial, o sea a pretexto de una justa prescripción, deberán ocurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo, si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas y cultivadas".

Un idéntico principio legal sobre baldíos siguió rigiendo en la vida nacional

y se reprodujo en el Código Fiscal de 1873, cuyo artículo 879 es de este tenor: "Los que se consideren dueños de una parte de las tierras expresadas en el artículo anterior (que reputa los baldíos de propiedad nacional), o que pretendan tener algún derecho a ellas, deberán comprobarlo ante la Oficina de Estadística Nacional, con títulos legítimos, o por la justificación legal de haberlos poseído durante veinte y cinco años en posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado".

Tal régimen de la prescriptibilidad de los baldíos, que existía en nuestro país desde la época colonial, en virtud de la Ley 14, Título 12, Libro 4º, de las Leyes de Indias, ya viene dicho que perduró a través de la Ley 13 de octubre de 1821 y del Código Fiscal de 1873, hasta el año de 1882, en que el artículo 3º de la Ley 48 de ese año modificó tal principio en la siguiente forma: Las tierras baldías se reputan bienes de uso público y su propiedad no se prescribe contra la Nación, en ningún caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2,519 del Código Civil".

— II —

Por medio de la Ley 70 de 1873 se reservó la Nación una zona de terreno de un miriámetro de anchura a uno y otro lado de las vías públicas que se abrieran en lo sucesivo y que debieran fomentarse con la cesión de tierras baldías, y tal disposición se reprodujo en los artículos 946 y 948 del Código Fiscal de dicho año.

Posteriormente el artículo 25 de la Ley 56 de 1905 autorizó al Gobierno para crear comisiones agrarias y determinar sus facultades, por medio de decretos ejecutivos. En desarrollo de esta última ley se dictó el Decreto Ejecutivo número 1,057 de 1907, que creó una Junta Agraria que debía funcionar en el Departamento del Magdalena y que debía declarar sobre la validez de los títulos que tuvieran las personas que ocupaban terrenos dentro de un miriámetro de anchura a uno y otro lado del Ferrocarril de Santa Marta.

Entre las personas que se presentaron a la mencionada junta para obtener la declaración de que sus terrenos, ubicados en la región de "Orihueca" y "Cañabobal", no eran baldíos, figura el señor Diógenes Noguera, de quien es causahabiente la demandante en este juicio, Beatriz Noguera.

Esa Junta agraria declaró por Resolución número 2, de 7 de febrero de 1908, que no eran baldías las tierras de "Orihueca" y "Cañabobal", comprendida entre estos linderos: la boca de la quebrada "El Guáimaro", ésta arriba hasta el pie de la cordillera; de este punto por derechura hasta buscar la quebrada "El Latal", ésta abajo; de aquí hasta su desemboque en el río Riofrío; de Riofrío arriba a buscar la boca de la quebrada "El Guáimaro", donde principia el primer lindero. Agrega la mencionada resolución que las expresadas tierras pertenecen a las personas atrás mencionadas, en la proporción de sus respectivos títulos; y en su parte motiva explica que "entre los varios comprobantes exhibidos aparece la escritura pública en que el 10 de septiembre de 1836, ante el escribano de Santa Marta, compró el señor Andrés del Campo dichas tierras a la señora Ramona Oligos, quien se dice dueña de ellas por adjudicación que por razón de gananciales se le hizo en la mortuoria de su esposo don José de Jimeno. Posteriormente la sucesión de del Campo, por medio de su albacea don Joaquín de Mier, en escritura de 24 de diciembre de 1851, vendió las mismas tierras al señor Mariano Barrenche, quien en la misma fecha, ante el Notario de Santa Marta, hizo venta de las tierras a Pedro Salcedo y Jacobo Henríquez. A la Junta, por la índole de sus especiales atribuciones, le basta averiguar si el expresado globo de terreno puede considerarse hoy del dominio de la Nación, en fuerza de los títulos que aducen los solicitantes. La relación breve que se ha hecho de las escrituras con que desde 1836, por lo menos, vienen los par-

ticulares ejerciendo sin interrupción actos de dominio en "Orihueca" y "Cañabobal", demuestra que, desde antes de 1882 (época en que los baldíos se declararon de uso público y por ende imprescriptibles), los ocupantes de aquel globo tenían ya ganada la propiedad por prescripción ordinaria y extraordinaria, por lo cual es innecesario entrar en el valor intrínseco de las escrituras exhibidas, tanto más cuanto que en la prescripción extraordinaria se presume de derecho la buena fe y no es necesario título alguno. (Artículo 2,531 del Código Civil").

— III —

Es evidente que la Resolución número 2 de 1908 no está sub judice y que, por lo tanto, en este juicio ordinario no se trata de revisarla para confirmar o infirmar sus conclusiones, caso único en el cual sí sería pertinente entrar a estudiar el fondo de la cuestión en ella dilucidada y la operancia de los términos en que funda su declaración. Pero tampoco puede desconocerse que vino a los autos como prueba del hecho fundamental controvertido, o sea, de si las tierras de "Orihueca" y "Cañabobal" son o no baldías, y como tal prueba debe estudiarla el juzgador. En ella consta que ante la Junta Agraria creada por el Decreto número 1,057 de 1907, de conformidad con la Ley 56 de 1905, obraron los títulos que ella discrimina y detalla, titulación que se remonta al 10 de septiembre de 1836, fecha anterior a la vigencia del Código Fiscal de 1873, en mucho más de los veinticinco años de que éste trata en su artículo 879 para considerar como prescritos los baldíos nacionales. La existencia de esa titulación está reconocida ahí, sin limitación alguna, por esa entidad oficial, a la que se le recomendó precisamente el encargo de estudiar los títulos que exhibieran los particulares, a efecto de decidir sobre su validez.

Tal circunstancia indica que cuando entró a regir el Código Fiscal de 1873, con su declaración de prescriptibilidad de los baldíos, ya las mencionadas tierras habían sido incorporadas al dominio privado, cobijadas y protegidas por las declaraciones contenidas tanto en la Ley de 13 de octubre de 1821, como en la codificación de 1873, a que acaba de aludirse.

Y la anterior conclusión, que se desprende de tan eficaz elemento documental probatorio, quiere decir en otras palabras y concretando al caso de este pleito, que sí existe ese primer eslabón en el dominio de las tierras mencionadas, por parte de la actora Beatriz Noguera, en la parte de aquel globo a que aluden las escrituras públicas exhibidas por ésta como prueba de su dominio; y cuya supuesta falta condujo al Tribunal a no aceptar la cadena completa de títulos de dominio presentada por la demandante desde el año de 1893.

Hubo, pues, error de derecho al abstenerse el Tribunal de considerar y apreciar tal resolución como prueba. De tal error se desprende el desconocimiento del dominio de la actora, a que aluden las escrituras públicas números 81 de 1893, 722 de 1896, 93 de 1918 y 33 de 1933, lo que condujo a darle aplicación indebida al caso del pleito a las presunciones de dominio a favor del Estado que consagran los artículos 44 del Código Fiscal y 675 del C. C.. Debe prosperar, por lo tanto, el segundo cargo de los formulados en la demanda de casación y que se hace consistir precisamente en los motivos antes anotados. Y al infirmarse la sentencia acusada y entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia, bastan las razones expuestas para revocar el fallo de primer grado y en su lugar declarar fundada la oposición interpuesta por la actora a la adjudicación de baldíos solicitada por Patricio de Avila.

Fallo:

En mérito de las consideraciones que acaban de exponerse, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-

ridad de la ley, casa la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el día veintiocho de junio de mil novecientos treinta y ocho, y, previa revocatoria de la pronunciada en primer grado por el Juez del Circuito de San Juan del Córdoba el treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y seis, falla este pleito así:

Declárase fundada la oposición presentada por Beatriz Noguera a la adjudicación solicitada por Patricio de Avila, de un lote de terreno que denomina "Loma Fresca", situado en el Corregimiento de Orihueca, Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

Liborio Escalión — Daniel Anzola Escobar—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente Dr. Liborio Escallón)

Emilio Castaño demandó a Wenceslao Castaño para que previa la tramitación de un juicio ordinario se declare resuelto el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura 228 de la Notaría de Concordia, otorgada el 24 de octubre de 1932. Subsidiariamente demandó la rescisión de ese contrato, por lesión enorme.

El Juez del conocimiento, que lo es el del Circuito de Titiribí, desató la litis en primera instancia, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda y condenando al actor en las costas del juicio.

Esta sentencia que lleva fecha 10 de marzo de 1936 fue apelada por la parte vencida, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en fallo de 7 de septiembre postrero revocó parcialmente la del inferior, negando la acción resolutoria pero declarando la rescisión del contrato por lesión enorme con la salvedad a que se refiere el artículo 1948 del C. Civil.

Ambas partes recurrieron en casación y el recurso les fue concedido por el Tribunal.

Llegado el expediente a la Corte, repartido y fijado en lista el asunto, se dio traslado en oportunidad al demandante recurrente, quien no fundó el recurso, según informe del Secretario de esta Corporación.

Se dio entonces traslado al demandado recurrente, quien tampoco fundó el recurso, según informe de la Secretaría.

En virtud de lo anterior y de acuerdo con el artículo 532 del C. Judicial y por aplicación de esta norma, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **declara desierto el recurso** de casación interpuesto por demandante y demandado en este juicio y por lo tanto ejecutoriada la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el día siete de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

No es el caso de hacer condenación en costas.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola Escobar—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE PERJUICIOS.— INSPECCION OCULAR

1.—La prueba de inspección ocular tiene por objeto el examen, reconocimiento y observación que el juez competente hace acompañado de peritos o testigos de las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate judicial; es propiamente una prueba de resumen de todas las circunstancias aprovechables para juzgar con más acierto, de cuyo cumplimiento y modalidades da fe el mismo funcionario judicial en cuya presencia o por cuya percepción han tenido ocurrencia.—2.—No se pueden involucrar las dos clases de responsabilidad, la culposa y la contractual, en una misma relación jurídica porque, como ya lo dijo la Corte, "ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción *híbrida*, según expresión de los expositores, pues la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito. Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica, independientemente de todo arrimo contractual, pueden constituir asimismo fuente de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación porque se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio".

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Como hechos fundamentales de su acción, consignados detalladamente en su libelo de demanda, Manuel Díaz Campo, vecino de Ciénaga, expresó y afirmó los que en seguida se sintetizan:

Por medio de contrato que se hizo constar en escritura pública la United Fruit Company dio en arrendamiento a Manuel Díaz Campo, el 24 de mayo de 1927, el predio rústico denominado La Emilia, cuya cabida y linderos se expresaron, por el término de diez años, para establecer en el fondo plantaciones de banano, cosa que realizó el arrendatario con sus recursos propios, construyendo además canales de regadío, casa de habitación y otras mejoras, y con opción del arrendador para comprar las plantaciones de banano al final de los diez años o prórroga del arrendamiento por cinco años más.

El año de 1933 el arrendatario Manuel Díaz Campo "fue privado del goce de su finca de bananos en virtud de haber sucedido inundaciones que acabaron con los cultivos, canales de regadío y de desagüe, casas y demás mejoras", por culpa de la United Fruit Company que produjo las inundaciones con las obras de ampliación de canales de desagüe que hizo en las fincas de su propiedad La Gabriela, La Marconia y La Catalina, desde el año de 1930, "habiéndolos terminado en el año de 1933, año éste en que las inundaciones fueron lo suficientemente grandes para destruir los cultivos y demás mejoras establecidas en el predio arrendado".

La compañía arrendadora se comprometió en el contrato de arrendamiento del referido predio a indemnizar al arrendatario Díaz Campo de los perjuicios que

llegare a causarle con sus hechos, perjuicios que consisten "en la pérdida total de las plantaciones de banano de su finca, de su usufructo desde 1933 hasta el día de la terminación del contrato de arrendamiento antes mencionado, en la pérdida de todos los trabajos de desagüe, y de los canales de irrigación, etc., todo lo cual ha sido avaluado por peritos en la forma legal".

Con apoyo en estos hechos y en los artículos 1973, 1982, 1987, 1494, 1613 y 2341 del C. C., en libelo fechado el 2 de febrero de 1937, repartido al Juzgado 1º del Circuito de Santa Marta, Manuel Díaz Campo, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario a la United Fruit Company, sociedad anónima domiciliada en New Jersey, Estados Unidos de América, con negocios permanentes en Colombia, para que se le condenara a pagar al actor la cantidad de $ 26,011.28 en moneda legal colombiana como valor de los perjuicios causados por la sociedad demandada en la finca de bananos La Emilia, o, en subsidio, la cantidad que resulte probada en el juicio como valor de estos perjuicios, además de las costas del juicio.

Tramitada la primera instancia, le puso fin el Juzgado del conocimiento con la sentencia definitiva de 21 de abril de 1938, en la cual se condenó a la sociedad demandada a pagar al actor los perjuicios demandados, dejando la determinación de la cuantía a la regulación del art. 553 del C. J. Apelada esta sentencia del Juzgado por el apoderado de la United Fruit Company, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en resolución que finalizó el segundo grado del pleito, y con un voto disidente, la revocó y en su lugar absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

Sentencia acusada.

Asienta el Tribunal, como consideración básica de su sentencia, que el demandante estaba obligado, para tener derecho a las condenaciones pedidas en su demanda, a la demostración de los siguientes hechos fundamentales, negados por el demandado: a) que el fundo de La Emilia fue inundado; b) que la causa de esas inundaciones fue el ensanche de los canales de irrigación efectuado por la United Fruit Company en fincas de su propiedad, y c) que estas inundaciones determinaron los perjuicios en la finca La Emilia, a que se refiere la demanda. Y después de analizar los elementos de prueba aducidos al efecto por el actor —inspección ocular con intervención de peritos practicada antes del juicio y presentada con la demanda y declaraciones testimoniales rendidas en la primera instancia— concluye que si bien se ha acreditado en autos que la finca La Emilia, de que era arrendatario el demandante, fue inundada como consecuencia de las obras llevadas a cabo por la compañía demandada en los fundos de su propiedad La Gabriela, La Marconia y La Catalina, no ha sucedido lo propio en relación con el hecho de que la inundación destruyó en realidad las plantaciones de bananos, los canales de regadío, las casas y demás mejoras, porque no hay acuerdo entre los peritos a este respecto, ya que en concepto de uno, las plantaciones se encuentran en mal estado, no destruídas, y la casa y ranchos existen, y en concepto del otro, el mal estado de las plantaciones es debido a falta de asistencia o abandono de la finca. El tercer perito no dictaminó sobre este particular alegando su poco conocimiento sobre cultivo de banano. No estimó el Tribunal que la prueba pericial fuera bastante a demostrar que el mal estado de los cultivos de La Emilia fuera efecto de las inundaciones que en el año de 1933, según los hechos de la demanda, fueron lo suficientemente grandes para destruir los cultivos y demás mejoras existentes en el predio, y aunque los testigos presentados por el actor son explícitos en la afirmación de que las aguas de esas inundaciones fueron la causa de los daños en los cultivos y demás obras de la citada finca, sus declaraciones no sirven para completar el

mérito que falta a la prueba pericial porque ellas se refieren expresamente a daños causados por las obras ya dichas a fines de 1933, cuando ya no podían perjudicar al demandante Díaz Campo, ya que él, según su propia declaración recogida en el acta de la inspección judicial había abandonado definitivamente la finca referida desde el mes de febrero del citado año por causa de que la United Fruit Company dejó de comprarle la fruta.

Pudo haber violación de estipulaciones contractuales con este hecho de que la sociedad demandada haya dejado de comprarle la fruta al actor, pero la demanda, aunque en ella se hace referencia a contrato de arrendamiento con la United Fruit Company y a contrato sobre compra de banano producido en La Emilia y aunque entre los fundamentos de derecho se citan disposiciones referentes al arrendamiento, no se puede entender que verse sobre perjuicios causados por la violación del contrato de arrenramiento a que se hace referencia. "En cambio, está mencionada entre las disposiciones citadas en la demanda, el artículo 2341 del Código Civil que habla de los daños producidos por culpa".

Es de advertir que el voto disidente que tuvo la sentencia, según se ve del salvamento correspondiente, no dice relación con la fórmula resolutiva del fallo, sino solamente en la parte motiva de él, por considerar el Magistrado en disidencia que en la sentencia ha debido estudiarse y analizarse la acción que el demandante tuvo por preferente y principal en su demanda, consistente en que se le turbó en el goce de la cosa arrendada, y sólo como subsidiaria la acción de perjuicios fundada en el artículo 2341 del C. C.

El recurso.

El apoderado del actor ha acusado esta sentencia del Tribunal en el recurso de casación que oportunamente interpuso contra ella, y que debidamente admitido y fundado se procede a decidir hoy.

Se funda el recurso en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria. Los cargos de violación legal que se formulan contra la sentencia se refieren a las posiciones que en seguida se indican con la síntesis de las razones en que se apoya:

Artículo 697 del C. J., que da mérito de plena prueba a las declaraciones de testigos hábiles y concordes en el hecho y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que incurrió el Tribunal al dejar de estimar debidamente los testimonios de Manuel Morales, José Manuel Fernández, Vicente Russo y Alejandro Villa sobre la existencia y causa de los perjuicios que sufriera el actor y solamente haber tenido en cuenta sobre este particular el dictamen pericial contenido en la inspección ocular, el cual fue también mal apreciado por el Tribunal porque esta prueba establece y demuestra la causa originaria de los perjuicios demandados por Díaz Campo.

Artículos 593, 596, 699, 724 y 730 del C. J. en que incurrió el Tribunal al negarles validez a los cuatro precitados testimonios por motivo de la declaración que como hecha por Díaz Campo aparece relacionada en el acta de la diligencia de inspección ocular sobre el hecho de haber el actor abandonado definitivamente la finca de La Emilia desde febrero de 1933, dándole a sus palabras, que no aparecen reproducidas en el acta, ni son conocidas por el juzgador, valor de confesión, y porque el acta de la inspección no fue firmada por el demandante ni por su apoderado, ni a Díaz se le juramentó, y porque, además la prueba de inspección ocular, que tiene por objeto el examen y conocimiento de cosas y hechos litigiosos o relacionados con el debate, no es medio para provocar confesiones ni su acta sirve legalmente para acreditar las que se hubieran podido hacer, y que en este ca-

so se relaciona con un hecho extraño al debate.

Hasta aquí la demanda plantea la acusación por errores en la apreciación de pruebas, limitándose a señalar como infringidos los textos del Código Judicial relacionados con la estimación probatoria, sin indicar las disposiciones sustantivas sobre las cuales tendrían incidencia estas pretendidas equivocaciones cometidas en la estimación de las probanzas.

Afirma a continuación el recurrente que el derecho alegado en este pleito nace de un pacto accesorio contenido en el contrato de arrendamiento de La Emilia según el cual la United Fruit Company se reservó el derecho de cruzar la finca arrendada con canales de riego y desagüe con la obligación de pagar al arrendatario los perjuicios que le causara cuando no se debieran a caso fortuito o fuerza mayor, y afirma que el Tribunal le niega valor a este pacto, con lo cual viola los artículos 1494, 1602, 1603, 1618 y 1620 del C. C. Para el caso de que la Corte tuviera otro criterio en relación con este pacto accesorio, subsidiariamente acusa la sentencia por violación de los artículos 1982, 1985, 1987, 1991 y 1992 también del C. C., y para el caso de que la Corte considere que las mencionadas normas no son las aplicables al caso, en un "segundo subsidio" acusa la sentencia por infracción del artículo 2341 del código precitado porque "en uso de ese derecho que contractualmente se reservó la compañía, incurrió en culpa".

Se consideran los cargos:

Como se advirtió al hacer el resumen de la sentencia que es materia de acusación, el Tribunal parte de la base de que están fehacientemente acreditados en el proceso dos hechos principales, a saber: que el fundo de La Emilia, llamada también La Cabaña, arrendado por la sociedad demandada a Manuel Díaz Campo, fue inundado y que las inundaciones tuvieron por causa las obras de drenaje que la United Fruit Company llevó a cabo en predios de su propiedad. Estos dos hechos, cuya realidad está fuera de debate en la casación, no fueron sin embargo considerados por el sentenciador como suficientes para declarar sobre ellos la existencia del derecho a la indemnización pedida en la demanda porque no se demostró con las pruebas aducidas al juicio que con tales hechos se hubieran causado realmente los perjuicios que el actor determina en su libelo, esto es, que con las referidas inundaciones fue privado Manuel Díaz Campo del goce de su finca de bananos por haber ellas acabado y destruído sus cultivos, canales de regadío, casas y demás mejoras. "No habiéndose, pues, demostrado —dice la sentencia— que la United Fruit Company causó perjuicios con sus obras de desagüe en la finca La Emilia o La Cabaña", el Tribunal absuelve al demandado.

Antes de iniciarse el juicio, a pedimento de Manuel Díaz Campo y con audiencia de la United Fruit Company, se llevó a cabo una diligencia judicial de inspección ocular el 11 de junio de 1934 por el Juzgado del Circuito de San Juan del Córdoba, en el distrito de Sevilla, ubicación de los fundos preindicados. En el acta en que se recogió el resultado de la inspección se lee lo que sigue en relación con el punto pertinente, y a que hace referencia detallada la sentencia: "...En la casa principal, de techo de zinc y paredes de madera se encontraron señales a una altura de ochenta centímetros en cuatro puertas y en varias tablas y pilares, señales que en concepto del perito doctor Rovira y del perito tercero doctor Castro Monsalve indican que hubo inundación en el fundo o predio donde está la casa, y que en concepto del señor Durán, revela que hubo humedad, y que por eso representa esa señal. A petición del patrono de la compañía se hace constar que las tablas que componen los tabiques del interior de la casa donde se encuentran también marcas de agua, fueron en partes cambiadas del lugar, según manifestación hecha en la inspección en presencia del señor Juez, por el señor Manuel Díaz Campo. Según el perito principal doctor Rovira el estado actual de las plan-

taciones de guineo que se encuentran en la finca, revela que fue inundado y que por esa causa dichas plantaciones se encuentran en mal estado (ahogado). Según el perito señor Durán el mal estado del guineo obedece a abandono, que consiste en falta de asistencia, conocido por el estado de las yerbas silvestres que se encuentran dentro del predio... Preguntado el perito tercero sobre la causa del mal estado de las plantaciones, manifestó que no estaba de acuerdo con ninguno de los peritos principales, porque no hay manifestaciones que le hagan creer que el mal estado de las plantaciones se debe a una cosa u otra; y agregó que sus conocimientos sobre agricultura, en especial sobre el cultivo de bananos, no le permiten dictaminar sobre la causa del mal estado de los cultivos..."

"El examen pericial, pues, no demuestra —dice el Tribunal refiriéndose a esta prueba— que el mal estado de los cultivos fuera causado por la inundación, y menos, como lo afirma el demandante en el hecho marcado con la letra g) de la demanda, que las inundaciones en el año de 1933, fueron lo suficientemente grandes para destruír los cultivos y demás mejoras existentes en el predio". No se ve cómo ha podido incurrir la sentencia en error al formular una conclusión que armoniza completamente con la prueba al desvincular la causalidad del estado de las plantaciones (distinto del afirmado por el actor), del hecho que se imputa al demandado. No hay error de hecho en esta estimación de la sentencia, porque para que lo hubiera sería necesario, como lo exige la ley, que apareciera de manifiesto en los autos, esto es, que de las demás pruebas del proceso resultara evidentemente que los cultivos de banano, casas, canales y demás mejoras de La Emilia estaban destruídos como consecuencia de las inundaciones referidas, y lejos de esto, lo que resulta es la confirmación de un simple mal estado de las plantaciones como efecto de abandono y la presencia de la casa y demás habitaciones, como se ve en este pasaje del acta de la inspección ocular: "Se encontró una finca de banano, de una extensión de 19 hectáreas y 7,100 metros cuadrados, cuyas plantaciones se encuentran en mal estado, esto es, enrastrojadas y las plantaciones en general raquíticas... Dentro de los linderos se encontró una casa en buen estado de techo de zinc y paredes de madera, con cielo raso, alambrada con angeo, con 10 metros de frente por 9.20 de fondo y una caballeriza pequeña, de zinc cerca de ésta. Al rededor varios árboles frutales como mangos, naranjos y guanábanos y además cuatro ranchos de palma..."

Fuera de esta inspección ocular con intervención de peritos, sólo se adujo por el demandante en comprobación de los hechos fundamentales de su acción, los testimonios de José Manuel Fernández, Manuel Morales, Vicente Russo, y Alejandro Villa para acreditar la causalidad entre el hecho imputado a la sociedad demandada y el daño que el actor pretende haber sufrido en sus cultivos de banano en la finca arrendada. El recurrente afirma que el Tribunal dejó de apreciar debidamente estas declaraciones, a las que legalmente corresponde el valor de plena prueba, pero no coincide esta afirmación de la demanda con la realidad procesal, porque es indudable que en la sentencia fueron tenidas en cuenta estas exposiciones y legalmente apreciadas, pero no consideradas como bastantes para demostrar la realidad del daño y su causalidad con el hecho de las inundaciones por referirse a época en que el actor Díaz Campo había abandonado sus cultivos, según su propia manifestación, como está muy claramente dicho en el siguiente párrafo del fallo acusado: "Los testigos presentados por el demandante fueron más explícitos y en número plural afirmaron haber visto la finca La Cabaña inundada por las aguas de los regadíos de la United Fruit Company y dijeron que esas aguas dañaron los cultivos y otras obras de tal finca. Si ha de darse valor de prueba plena a estas declaraciones, se tendrá como demostrado que las obras llevadas a

cabo por la United Fruit Company, causaron daños en la finca La Emilia o La Cabaña a fines de mil novecientos veintitrés, pero en la inspección ocular verificada el 11 de junio de mil novecientos treinta y cuatro hizo el demandante señor Díaz Campo la declaración de que él había abandonado la finca definitivamente en febrero de mil novecientos treinta y tres porque la United Fruit Company dejó de comprarle la fruta. Siendo así, cuando los testigos vieron la inundación, ya el señor Díaz Campo se había desprendido de la tenencia de la finca y no podría por ello decir que la inundación que vieron los testigos le causó perjuicios".

Como se ve, sí se consideró y justipreció la prueba testimonial, pero se halló desnaturalizada en virtud de un hecho plenamente demostrado con la propia confesión del demandante, recogida en el acta de la inspección ocular ya referida, y en la apreciación que el Tribunal hizo de la contraposición del mérito de la prueba testimonial y la propia declaración del interesado que le quitaba a los testimonios oportunidad y procedencia al desplazarlos de la época correspondiente al hecho que se quería acreditar, no encuentra la Corte error de derecho, vinculado a un equivocado justiprecio del valor demostrativo de la declaración hecha por el demandante Díaz Campo ante el Juez que verificó la inspección ocular.

El pasaje en que el acta de la diligencia da testimonio de esta declaración es del tenor siguiente: "A petición del vocero de la United Fruit Company, se deja constancia de que el señor Manuel Díaz manifestó en la inspección que en febrero del año de mil novecientos treinta y tres abandonó definitivamente la finca, porque en esa época la United Fruit Company, manifestó no recibirle más frutas, pues apesar de las inundaciones que empezaron en mil novecientos treinta, continuó cortando y asistiéndola hasta el mencionado mes de febrero de mil novecientos treinta y tres".

Cerca de tres años antes de iniciar el presente litigio, Manuel Díaz Campo, en uso del derecho que confiere el artículo 731 del C. J., con citación de la United Fruit Company, pidió ante el Juzgado del Circuito de Santa Marta la práctica de la inspección ocular de que se trata, y que en copia auténtica acompañó a su demanda. La práctica de estas inspecciones oculares extrajuicio con el objeto de que se abonen como prueba, con citación de la persona contra quien haya de aducirse, está destinada, según lo dice la ley, para hacer constar en lo futuro hechos y circunstancias que interesen y respecto de los cuales el transcurso del tiempo haga difícil su esclarecimiento, y la practicada en este caso se pidió y llevó a cabo después de transcurrido más de un año de consumado el hecho cuyas consecuencias se querían preestablecer probatoriamente. La prueba de inspección ocular tiene por objeto el examen, reconocimiento y observación que el juez competente hace acompañado de peritos o testigos de las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate judicial, es propiamente una prueba de resumen de todas las circunstancias aprovechables para juzgar con más acierto, de cuyo cumplimiento y modalidades da fe el mismo funcionario judicial en cuya presencia o por cuya percepción sensual han tenido ocurrencia. El acta de la diligencia, que debe ser autorizada con la firma de quienes intervienen en ella (en este caso no hay duda de que Díaz Campo asistió y el acta está suscrita por su vocero y apoderado), debe contener la relación pormenorizada y cuidadosa de todos los hechos e incidentes ocurridos en la inspección, como declaraciones de testigos, juramentos, reclamaciones, observaciones sobre uno u otro particular, peticiones de todo orden, manifestaciones orales hechas por los interesados y circunstantes, todo, en fin, lo que haya ocurrido para fijar su recuerdo y facilitar su aprovechamiento para la sentencia. De todos estos hechos y circunstancias observados por el juez el acta da fe con plenitud probatoria. De esta manera fehaciente aparece estable-

cido que Manuel Díaz Campo, en la inspección ocular practicada a su propio pedimento con el lleno de las formalidades legales y contra la cual no formuló ningún reparo ni rectificación, hizo la declaración que arriba se trascribió. Sobre su realidad no cabe duda porque de ella da fe completa el acta judicial, y en relación con su mérito para tener por establecido el hecho sobre que versó, esto es, sobre el abandono de sus plantaciones de banano en La Emilia desde el mes de febrero de 1933, por haber desde entonces dejado de comprarle la compañía frutera sus productos, es legalmente aceptable y completo porque versa sobre un hecho personal del exponente, del cual se deducen consecuencias jurídicas que lo perjudican y fue declarado en presencia del juez competente en ejercicio de sus funciones, y en acto destinado a servir de prueba. Aun considerada la declaración cuestionada como una confesión extrajudicial no habría lugar a rectificar la apreciación que de ella hizo el Tribunal, no propiamente haciéndola prevalecer sobre la testimonial sino reconociéndole valor para interpretar acertadamente aquella, porque esta especie de confesión, como sería el caso, puede tener mérito de plena prueba si a juicio del juez no queda duda alguna acerca de la confesión misma. Por lo demás, los otros elementos de prueba que obran en los autos en vez de contradecir la confesión corroboran el hecho confesado, como la inspección ocular misma que reveló, no destrucción de cultivos ni de casas en La Emilia, sino mal estado de la finca como consecuencia de su abandono, y esto apesar de que ya había corrido más de un año desde la época en que el actor afirma que se consumó la destrucción.

No incurrió, pues, el Tribunal, a juicio de la Sala, en error de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas para afirmar la inexistencia de los perjuicios demandados.

Por lo que hace a la última parte de la demanda de casación en que se citan como violados, numerosos artículos del C. C. en sucesivos pedimentos subsidiarios, sin indicar en forma precisa y clara los fundamentos de la acusación, en forma que el mismo recurrente considera dubitativa, se confunden disposiciones sustantivas que gobiernan la responsabilidad por culpa contractual y disposiciones relativas a las consecuencias de la culpa extra-contractual o aquiliana, como se ve de la mención de los artículos sobre contrato de arrendamiento y los pertenecientes al título 34 que versan sobre la responsabilidad común por los delitos y las culpas, confusión de que también adoleció la demanda al exponer sus fundamentos de derecho y en parte la sentencia y el salvamento de voto. Carece en realidad de interés práctica el estudio de esta cuestión vinculada a determinar el origen contractual o extra-contractual de la responsabilidad que se quiere hacer efectiva, porque habiéndose llegado a la conclusión, no desvirtuada en el recurso, de que no se ha causado el pretendido daño, la consideración de este aspecto del recurso carece por completo de objeto. Conviene, sin embargo, con un fin meramente doctrinario, recordar lo que ha dicho la Corte en relación con esta inaceptable involucración de las dos clases de responsabilidad, la culposa y la contractual, en una misma relación jurídica: "Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza excluye la generada por el delito. Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica, independientemente de todo arrimo contractual, pueden constituir asimismo fuente de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación porque se llegaría así a una injusta e injurídica

dualidad en la reparación del perjuicio". (G. J., Tomo XLVII, pág. 454).

Con apoyo en las consideraciones que anteceden, 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta con fecha 28 de febrero de 1939, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola Escobar—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

APLICACION DE LA LEY MAS FAVORABLE EN PUNTO DE REINCIDENCIAS

Tratándose de reincidencias, no obstante aplicarse la ley antigua como más favorable al reo en cuanto a la condenación principal, por lo que hace al aumento de pena que la reincidencia comporta, debe aplicarse el nuevo Código como ley más benigna en este punto, y puesto que dicho aumento no constituye una pena accesoria. Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código hubiese suprimido el aumento de pena por reincidencia, el juzgador debería prescindir de él, aun cuando el delito del reincidente tuviera que castigarse conforme a la ley anterior.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, tres de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Luis Francisco Hurtado interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que lo condenó a quince años y ocho meses de presidio por haber dado muerte violenta a Arturo Hurtado y a Jesús Antonio Patiño, computándose en aquella pena una agravación por reincidencia.

El motivo que ante la Corte alega Hurtado para fundamentar su recurso es el de errada apreciación de los hechos que, según él, llevó al Tribunal a una indebida aplicación de la ley penal, pues tuvo en cuenta los artículos 600 y 611 del Código de 1890 siendo así que ha debido atenerse a los artículos 605 y 613, ibídem.

Por su parte el señor Procurador delegado, desechando estos motivos de la causal 1ª que aduce el recurrente Hurtado, funda la casación en la causal 4ª, o sea disconformidad entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder.

La Corte para resolver, considera:

Causal 4ª

Deduce el señor Procurador la disconformidad entre la sentencia y los cargos del enjuiciamiento del siguiente pasaje de esta providencia:

"Narran los autos que el doce de abril próximo pasado (1936), día de Pascua de Resurrección, se reunieron en la taberna de Luis Francisco Hurtado en el memorado sitio de San Vicente del municipio de Vélez, varios individuos a hacer lo que es de costumbre entre la gente campesina en un día festivo: jugar, comer en reunión, beber licores y divertirse. En esto se ocuparon los parroquianos de esa tienda, según el decir de los testigos y están de acuerdo casi todos en que de cierta hora en adelante, quizás cuando las frecuentes libaciones estaban ya haciendo su desastroso efecto, Arturo comenzó a ofender de palabra y aun con actos que patentizaban una marcada agresividad contra su hermano Luis Francisco, a quien ofendió y ultrajó con vocablos muy groseros y le expresaba su ánimo de eliminarlo,

pero sin que Arturo estuviera provisto de arma alguna, hasta que habiendo tomado Arturo una caña se dio a perseguir a Luis Francisco, y habiéndose encontrado con Margarita Vesga, compañera o barragana de Luis Francisco, le dirigió un golpe, lo que visto por éste, se dirigió a su hermano y le clavó el cuchillo en el pecho haciéndole rodar inmediatamente a tierra, donde moribundo apenas pudo exhalar la postrer queja a su madre anunciándole que su hermano lo había matado".

Hay aquí efectivamente un relato objetivo de los hechos en donde el juez de primera instancia muestra algunos episodios de provocación que precedieron al homicidio de Arturo Hurtado; pero en forma tan circunstancial que el juzgador no emite concepto acerca de dichos actos. En una palabra, no los traduce en figura jurídica de homicidio atenuado.

En tales condiciones, y puesto que el jurado tuvo también a su estudio esos hechos y no los acogió para hacer en el veredicto la modificación correspondiente, sería demasiado aventurado pasar por encima del veredicto para buscar la disconformidad de la sentencia con el auto de proceder de que habla el señor Procurador.

Causal 1ª

Considera la Corte que contra la sentencia acusada no prospera el cargo sobre indebida aplicación de los artículos 600 y 611 del Código Penal, en vez de los artículos 605 y 613, porque según lo anota el señor Procurador las disposiciones penales que aplicó el Tribunal lo fueron de acuerdo con el veredicto del jurado, "y como éste no se ha combatido en casación, ni el tema de la injusticia fue alegado previamente en las instancias, hoy es inoportuno avocar tal estudio (artículo 3º, numeral 5º de la Ley 118 de 1931)."

Pero en cambio la causal 1ª sí resulta fundada por este otro aspecto:

Además de la pena principal, a Luis Francisco Hurtado se le computó un aumento de cinco años y ocho meses de presidio por reincidente, cómputo que se verificó de acuerdo con los cálculos que para ese efecto ordena hacer el artículo 142 del Código Penal de 1890, a pesar de haberse dictado el fallo del Tribunal con posterioridad a la vigencia del Código de 1936.

La Corte ha dicho (casación de Luis A. Echeverri, septiembre 20 de 1939) que tratándose de reincidencias, no obstante aplicarse la ley antigua como más favorable al reo en cuanto a la condenación principal, por lo que hace al aumento de pena que la reincidencia comporta debe aplicarse el nuevo Código, como ley más benigna en este punto, y puesto que dicho aumento no constituye una pena accesoria.

Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código hubiese suprimido el aumento de pena por reincidencia, el juzgador debería prescindir de él, aun cuando el delito del reincidente tuviera que castigarse conforme a la ley anterior.

Como según el artículo 34 del Código de 1936 a Hurtado solamente le correspondería un aumento de tres años y cuatro meses de presidio, por tratarse de primera reincidencia, en este punto es casable la sentencia recurrida, a fin de hacer al reo la rebaja a que tiene derecho en virtud del anotado error del Tribunal.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el veintitrés de agosto de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Luis Francisco Hurtado la pena de quince años y ocho meses de presidio por haber dado muerte violenta a su hermano Arturo Hurtado y a Jesús Antonio Patiño; y en su lugar condena al mismo Luis Francisco Hurtado a la pena de trece años y cuatro meses de presidio que cumplirá en el sitio que el gobierno designe, computándosele como parte cumplida de

ella el tiempo que el reo haya permanecido en detención preventiva.

Condénase, además, a Luis Francisco Hurtado a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la privación de todo empleo o cargo público y de toda pensión pagadera por el erario, al pago de las costas procesales y a la pérdida del arma con que cometió el delito.

Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 para los efectos de la anotación de esta sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

No puede reputarse como agravante en un homicidio simplemente voluntario, la mayor violencia en su consumación, teniendo en cuenta el número de heridas, porque el delito en sí mismo implica violencia y porque el homicida, en esos casos, dada la alteración de su ánimo, no cuenta los golpes ni la región que ha de vulnerar.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, once de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Los defensores de Jacinto Garzón y de Polonia Rodríguez de Garzón interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que los condenó a las penas de quince y seis años de presidio, respectivamente, como responsables de la muerte de Lázaro y María de Jesús Murcia.

Estudiado por la Corte el recurso se encuentra acertado el análisis que acerca de los reparos de los recurrentes contra el fallo del Tribunal hace el señor Procurador delegado en lo penal, en los siguientes apartes de su vista que se refieren por separado a cada uno de los reos.

Jacinto Garzón

"El personero de Jacinto Garzón - dice el señor Procurador - sostiene que éste fue atacado y herido por Lázaro Murcia y sus hijas, situación que no fue estimada por los falladores; que el proceso adolece de nulidades; que los cuestionarios hablan de instrumentos contundentes, cuando la autopsia revela que las víctimas sufrieron heridas causadas con armas cortantes y punzantes; que hay contradicción en los veredictos; que no hay prueba de que uno de los acusados sea íncubo y el otro súcubo; que los homicidios deben juzgarse como justificados, o al menos, como atenuados.

"Se observa:

"Las nulidades están taxativamente contempladas en los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887 y ninguna de ellas ha sido alegada ni probada.

"Los cuestionarios están de acuerdo con el auto de proceder. Aquéllos contemplan homicidios simplemente voluntarios, delitos por que fueron llamados a responder en juicio los acusados.

"La versión dada por Garzón sobre la manera como se desarrollaron los hechos, no concuerda con las distintas probanzas del expediente. Los jurados analizaron la exculpación expresada por el procesado y decidieron aceptar las pruebas que la contradicen, decisión que no peca contra la evidencia. Los veredictos no son notoriamente injustos puesto que tienen suficiente apoyo en los autos.

"La frondosa argumentación sobre el análisis de pruebas expuesta en el escrito del defensor de Garzón, no comprueba la existencia de la causal 5ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931 que parece ser el objeto primordial del recurso".

Polonia Rodríguez de Garzón

"Por su parte, el apoderado de Polonia Rodríguez de Garzón — continúa la Pro-

curaduría — alega que el procedimiento está viciado de nulidad porque se condenó a los acusados sin oírlos ni vencerlos en juicio; que las pruebas estuvieron mal apreciadas; que el veredicto es injusto; que en el auto de proceder se llamó a Polonia a responder como autora y luégo se le condenó como cómplice, lo que implica contradicción entre la sentencia y el llamamiento a juicio; que los veredictos son contradictorios porque se admitió que Garzón asociado de otra persona (Polonia) usó instrumentos cortantes, contundentes y punzantes y al mismo tiempo que Polonia cooperó pero no con instrumentos de esa clase sino de manera intelectual y material.

"Se contesta:

"La afirmación de que los procesados no gozaron de las garantías de defensa, es gratuita por cuanto que sí fueron oídos en armonía con los preceptos constitucionales y legales.

"Los acusados dieron una versión de los acontecimientos. Los ofendidos refirieron los hechos en forma distinta. Los jurados y los jueces de hecho aceptaron la última por considerarla mejor probada y más acorde con la realidad. La notoria injusticia no se ha demostrado.

"Polonia fue considerada en el auto de proceder como autora. El jurado y el juez le imputaron el carácter de cómplice, por haber llegado al convencimiento de que ella no hirió directamente a Lázaro Murcia, sino que se limitó a incitar a Jacinto para que le diera muerte, tarea a la cual ayudó sujetando a la víctima. El jurado podía legalmente hacer esa variación y el juez debía aceptarla por estar ajustada a las probanzas. Si el argumento del defensor prosperara resultaría probada la causal 4ª de casación y correspondería a la Corte invalidar el fallo recurrido y condenar a Polonia por el cargo imputado en el auto de proceder, lo que equivaldría a empeorar la situación de la acusada.

"Los veredictos no son contradictorios. Ellos afirman que Jacinto causó las heridas, empleando arma blanca; y Polonia cooperó sin emplearla, con actos distintos a los golpes. Qué contradicción hay en eso?

"En consecuencia, los ataques hechos a la sentencia en los escritos de los recurrentes, no tienen apoyo legal, en concepto de este Despacho".

Si no prospera, pues, el recurso por ninguna de las causales alegadas por los personeros de los reos, en cambio sí halla la Corte mérito para infirmar el fallo del Tribunal por la causal 1ª del artículo 3º Ley 118 de 1931, indebida aplicación de la ley penal, en fuerza del siguiente motivo que aduce el señor Procurador:

"Como se ve se le cargaron al acusado (Jacinto Garzón) dos agravantes en cuanto al homicidio de Lázaro Murcia: la asociación con otras personas y la mayor violencia en la consumación teniendo en cuenta el número de heridas.

"Pues bien: la primera sí debe reputarse como agravante por la indefensión de la víctima que se dice fue sujetada por Polonia (Ord. 10 del Art. 117 del anterior C. P.)

"Pero la segunda no puede reputarse como agravante en un homicidio simplemente voluntario porque el delito en sí mismo implica violencia y porque el homicida, en esos casos, dada la alteración de su ánimo no cuenta los golpes ni la región que ha de vulnerar (véase sentencia en casación de Manuel García Q.)

"En estas condiciones el Tribunal ha debido aplicar la penalidad en tercer grado, más el aumento de una sexta parte (Art. 121 del mismo Código) como lo tiene varias veces resuelto la Corte.

"Como consecuencia de lo anterior, Polonia Rodríguez de Garzón ha debido ser condenada, como cómplice, a la pena de cuatro años, ocho meses de presidio, o sea las dos terceras partes de la pena del autor.

"Fundado en lo expuesto, este Despacho pide atentamente a la H. Corte que invalide el fallo recurrido y en su lugar condene a Jacinto Garzón a la pena prin-

cipal de trece años por los homicidios cometidos en las personas de Lázaro Murcia y María de Jesús Murcia, calificada la delincuencia en tercer grado; y a Polonia Rodríguez de Garzón a la pena principal de cuatro años, ocho meses de presidio, como cómplice del homicidio en la persona de Lázaro Murcia".

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 de Bogotá, fechada el veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, proferida en la causa contra Jacinto Garzón y Polonia Rodríguez de Garzón por los delitos de homicidio en las personas de Lázaro y María de Jesús Murcia, y en su lugar resuelve:

Condénase a Jacinto Garzón a la pena de trece años de presidio y a Polonia Rodríguez de Garzón a cuatro años ocho meses de la misma pena, que cumplirán en el sitio de castigo que el Gobierno designe, computándoseles como parte cumplida de ella el tiempo que hayan permanecido en detención preventiva.

Condénase, además, a los mismos Jacinto Garzón y Polonia Rodríguez de Garzón a la privación de todo empleo o cargo público y de toda pensión pagadera por el erario; a pagar solidariamente las costas procesales y a la pérdida de las armas con que se cometieron los delitos.

Condénase a Jacinto Garzón a la suspensión indefinida de los derechos políticos; y para la efectividad de esta pena dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 a fin de que se anote la presente sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en pdd.

HOMICIDIO COMETIDO EN EL ACTO MISMO DE RECIBIR GOLPES

1—Cuando se trate de un homicidio cometido en el momento de recibir o ser provocado por golpes, heridas u otras violencias, es indiferente el que el acto recaiga sobre Cayo, Ticio u otro individuo, si para el victimario éste era el provocador que le causaba una herida que lo hace reaccionar y mata en el acto mismo a ese provocador o a quien cree fundadamente que lo es. — 2 — El jurado no tiene obligación de emplear términos legales; de modo que cuando dice, por ejemplo, "en el momento" de recibir golpes, en vez de usar la expresión "en el acto mismo", que es la consagrada por el artículo 605 del C. P. derogado, resulta demasiado sutil y contrario al criterio de lo más favorable en materia penal, establecer entre la frase de que se valgan los jueces de hecho y la consignada en la ley, una diferencia sustancial.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, trece de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

El Juzgado Superior de Neiva condenó a Waldo Vargas a la pena de seis meses de prisión como responsable de la muerte de Juan Ledezma, con aplicación del artículo 605 del Código de 1890 y calificada la delincuencia en segundo grado.

Apelada la sentencia por el señor Fiscal, el Tribunal Superior del mencionado Distrito Judicial la modificó en el sentido de sancionar a Vargas con seis años de presidio, dando aplicación al artículo 600 de aquella obra.

El defensor del reo interpuso casación contra el fallo de segunda instancia; y tramitado en la Corte el negocio ha llegado el momento de resolver, a lo cual se procede.

Invoca el defensor del recurrente las causales 1ª y 4ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, o sea indebida aplicación de la ley, y desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado. El señor Procurador delegado en lo penal coadyuva el recurso previo un análisis que contempla el problema a la faz de las mismas dos causales, en orden inverso.

La Corte observa:

Al jurado que conoció de la causa contra Vargas se le formuló el siguiente cuestionario:

"El acusado Waldo Vargas es responsable conforme al auto de proceder, de haber causado de manera voluntaria la muerte de Juan Ledezma, a consecuencia de haberle inferido una herida con arma cortante, de quince centímetros de longitud, que seccionó todos los planos de la pared abdominal, desde la piel hasta el peritoneo, inclusive, vaciando los intestinos, acto que ejecutó Vargas después de haber sido herido por tercera persona, en las horas de la tarde del día 24 de junio de 1936 en la vereda de "El Paraíso", en jurisdicción del municipio de Garzón, de este Distrito Judicial?"

La respuesta del jurado reza como sigue: "Sí; pero en el momento de recibir un golpe que le causó herida y que equivocadamente atribuyó a la víctima".

Encuentra la Corte muy jurídico el análisis que tanto respecto de la antedicha respuesta del jurado como de la calificación de la delincuencia de Vargas en

grado medio hace el juzgador a quo en los siguientes pasajes de su fallo, que la Sala acoge:

"Siendo esto así, prescindamos del Código nuevo o Ley 95 de 1936 y volvamos a la legislación de la época en que fue cometido el delito, y entonces, de acuerdo con el veredicto diremos que el artículo que cuadra a Waldo Vargas es el 605 del C. Penal derogado o Ley 19 de 1890, que castiga especialmente el homicidio cometido en el momento de recibir o ser provocado por golpes, heridas u otras violencias contra alguna de las personas expresadas en el artículo 587. Ya se ha visto que el homicidio de Vargas fue colocado precisamente dentro del numeral 1º de este artículo, luego la pena aplicable no es otra sino la que impone aquél. No puede alegarse que Vargas mató a quien no era su provocador, que es como lo dice el artículo 605, porque también se ha dicho que él creyó, y así lo aceptó el jurado, que Ledezma y no otro era quien lo había provocado hiriéndolo; y cabe aquí advertir entonces, que además, la misma ley en su artículo 594 dice: 'En todos los casos de homicidio es indiferente que las consecuencias del delito recaigan sobre la persona a quien se quiso ofender, o sobre otra cualquiera. No modifica tampoco el delito la circunstancia de que no se haya querido ofender a persona alguna determinada'.

"De modo que para el caso es indiferente el que el acto hubiera recaído, sobre Cayo, Ticio u otro individuo, si para el victimario éste era el provocador que le causaba una herida que lo hace reaccionar y matar en el acto mismo a ese provocador o a quien crea fundadamente que lo es.

"Es, pues, pena aplicable la de prisión de cuatro a ocho meses, pero como median a un tiempo circunstancias agravantes y atenuantes, el delito ha de calificarse en el grado medio.

"En cuanto a las circunstancias agravantes o atenuantes modificadoras de la pena, llamadas ahora, 'de mayor o menor peligrosidad', se tienen en cuenta las del Código por el cual se le impone la sanción a Vargas, pues es necesario guardar lógica para no incurrir en lo que pudiera llamarse 'promiscuidad' legal, extrayendo ya una disposición de allí, ya otra de allá, esto conveniente de una ley, aquello de otra.

"Como agravantes mediaron las circunstancias de haberse cometido en la casa de Ledezma o por lo menos donde residía y en momentos en que se encontraba quieto en medio de dos mujeres. La manera como se perpetró fue cruel y por la forma y efectos que produjo, no pudo menos que causar alarma y escándalo en la región. Como atenuantes obran la falta de ilustración, el ser el primer delito y ser buena la conducta observada anteriormente, por Vargas. Tocándole así seis (6) meses de prisión, y las penas accesorias señaladas en la ley por la cual se condena".

Verdad es que el artículo 605 del Código Penal habla de homicidio cometido "en el acto mismo" de ser provocado el agente por golpes u otras violencias, y que el jurado empleó en el caso que se estudia la expresión "en el momento" de recibir golpes. Pero aparte de que el jurado no tiene obligación de emplear términos legales, resultaría demasiado sutil y contrario al criterio de lo más favorable en materia penal establecer entre la frase de que se valieron los jueces de hecho y la consignada en la ley una diferencia sustancial.

Y en cuanto al argumento de la sentencia del Tribunal sobre que la agregación contenida en el veredicto es inocua, y que de consiguiente induce a la aplicación escueta de los artículos 587 y 600 del Código Penal, estima la Corte que esa tesis no es aceptable en el presente asunto, puesto que, según acaba de verse, los términos del veredicto encajan muy bien dentro de la disposición del artículo 605, ibídem.

Prospera, pues, el recurso por la causal 1ª; pero la casación debe hacerse parcial y no totalmente, porque sólo puede referirse al reo Waldo Vargas, y no a Luis

Felipe Galindo, procesado también, respecto del cual acertadamente ordena el fallo recurrido que se le sentencie por el delito de heridas.

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, INVALIDA parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, fechada el once de octubre de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Waldo Vargas seis años de presidio como responsable de la muerte de Juan Ledezma; y en su lugar condena al mismo Waldo Vargas a la pena de seis meses de prisión que sufrirá en el sitio de castigo que el Gobierno designe, computándosele como parte cumplida de ella el tiempo que el reo haya permanecido en detención preventiva.

Condénase, además, a Waldo Vargas al pago de las costas procesales y a la pérdida del arma con que cometió el delito.

Queda en pie el fallo recurrido en cuanto se refiere al procesado Luis Felipe Galindo.

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

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en pdd.

NULIDAD PROVENIENTE DE NO HABERSE CITADO EN LA PARTE DISPOSITIVA DEL AUTO DE PROCEDER EL RESPECTIVO CAPITULO, TITULO Y LIBRO DEL CODIGO PENAL — DEFINICION DE HOMICIDIO

1. El artículo 345, Ley 105 de 1890, no dice de manera literal que en la parte resolutiva del auto de proceder se cite el Libro, Título y Capítulo del C. P. en donde se contemple la infracción materia del enjuiciamiento; pero de la palabra *'respectiva'* que allí emplea la ley, no puede deducirse otra cosa. Hay delitos que se prestan a una calificación ambigua, puesto que de ellos se habla en varias Secciones del C. P. — 2. El artículo 583 del Código de 1890 dice que "es homicidio la muerte que un hombre da a otro, sin mandato de autoridad legítima expedido en cumplimiento de las leyes". Dentro de esta definición queda comprendida la muerte que un hombre da a otro en casos como los de envenenamiento, abandono de niños, incendio para matar, de los cuales tratan capítulos del Código Penal distintos del que lleva por mote únicamente la palabra *homicidio*.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Uno de los motivos de casación alegados por el doctor Manuel Roa Bernal contra la sentencia del Tribunal de Bucaramanga que condenó a Sinforoso y Gaspar Uribe Sánchez a la pena principal de diez y siete años de presidio, es el de nulidad proveniente de no haberse citado en la parte dispositiva del auto de proceder el respectivo Capítulo, Título y Libro del Código Penal.

El señor Procurador delegado coadyuva el recurso por la misma causal 2ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, y se apoya para ello en que la Corte lo ha decidido así en varias sentencias.

Procedería tomar aquí por base esos antecedentes para llegar a la misma solución en el caso que se estudia, si no fuera porque el señor Procurador incita a la Corte a reforzar sus anteriores razonamientos, con el siguiente pasaje de su vista:

"Desde luego, la Procuraduría encuentra muy laudable la réplica expuesta contra la doctrina de la Corte por el Tribunal de Bucaramanga, que se ha distinguido en el país por la brillantez de sus fallos y por su inquietud científica, réplica que sin duda contribuirá a la mayor dilucidación del asunto por parte de la Corte".

Verdad es que el artículo 345, Ley 105 de 1890 no dice de manera literal que en la parte resolutiva del auto de proceder se cite el Libro, Título y Capítulo del Código Penal en donde se contemple la infracción materia del enjuiciamiento; pero de la palabra "respectiva" que allí emplea la ley no puede deducirse otra cosa.

Claro está que cuando se llama a juicio, v. gr., por homicidio, no sería dable confundir el cargo como una imputación por hurto, estafa o abuso de autoridad; pero hay delitos, y señaladamente el de homicidio, que sí se prestan a una calificación ambigua, puesto que de ellos se habla en varias Secciones del Código Penal.

El artículo 583 del Código de 1890 dice que "es homicidio la muerte que un

hombre da a otro, sin mandato de autoridad legítima expedido en cumplimiento de las leyes". De modo que dentro de esta definición queda comprendida la muerte que un ser humano da a otro en casos como los de envenenamiento, abandono de niños, incendio para matar, de los cuales tratan capítulos del Código Penal distintos del que lleva por mote únicamente la palabra **homicidio.**

Y con mucha propiedad dice el señor Procurador en su vista "que la inclusión en el enjuiciamiento del capítulo o título respectivo del C. P., tiende a garantizar los derechos del acusado, precisando la figura delictiva y concretando el hecho reprimido en la legislación positiva, sin someter al sindicado a la eventualidad de la concepción jurídica que en doctrina se tenga sobre el delito que se le imputa. Así, por ejemplo, no basta llamar a juicio a una persona por estupro sino que es preciso indicarle el capítulo que lo consagra, ya que sobre ese hecho en doctrina penal hay serias controversias. De esa manera, en la sentencia, se condenará o absolverá, por el estupro establecido por la ley penal y no por el concepto subjetivo que el juez tenga de esa figura, en consonancia con una especial orientación científica".

Puede suceder que en el caso concreto de que hoy se trata no haya riesgo de que el llamamiento a juicio por homicidio induzca a confusión con delito de que trate otro capítulo del Código Penal; pero esta cuestión de hecho no puede ser motivo determinante para un cambio de la doctrina general de la Corte, máxime cuando ella se implanta en casación, cuya finalidad principal es la de uniformar la jurisprudencia y señalar normas a los juzgadores de instancia sobre cumplida aplicación de la ley, tanto sustantiva como de procedimiento.

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 de Bucaramanga, fechada el quince de abril de mil novecientos treinta y nueve que impuso a cada uno de los reos Sinforoso y Gaspar Uribe la pena de diez y siete años de presidio como responsables de asesinato en la persona de Luis Enrique Ortiz; en su lugar declara nulo lo actuado desde el auto de enjuiciamiento, inclusive (folio 1º del cuaderno 2º), y ordena reponer el procedimiento de ahí en adelante.

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

José Antonio Montalvo — Salvador Iglesias — Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en pld.

HOMICIDIO — ASESINATO

El Código de 1936 asume caracteres de mayor severidad que el de 1890, cuando se trata de personas que mediaron como instigadoras en el crimen, las cuales pueden ser castigadas con la misma pena del autor, según el artículo 19, inciso 2º del Código vigente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Por sentencia de veinticuatro de abril último infirmó la Corte el fallo del Tribunal Superior de Popayán que impuso a Apolinar Jiménez la pena de veinte años de presidio y a Natividad Macías la de trece años y cuatro meses, también de presidio, como responsables de asesinato, y en calidad de autor el primero y de cómplice la segunda.

La invalidación del fallo se hizo por la causal 1ª de casación que alegó y sustentó el señor Procurador delegado, fundándose en sugestivos datos que arrojaba el proceso sobre posibles anormalidades en la personalidad de Jiménez y que mostraban la conveniencia de un auto para mejor proveer encaminado a realizar el estudio completo de ese delincuente, así como el del grado de civilización de la indígena Natividad Macías.

Habiéndose practicado ya las diligencias que fueron materia de aquella providencia de la Corte, es el caso de dictar el fallo que debe reemplazar al del Tribunal, y a eso se procede.

El dictamen de los señores médico-legistas de Bogotá no da pie para considerar persona excusable a ninguno de los dos reos. Previo un estudio científico y detallado y mediante prolijos análisis de laboratorio, los señores peritos llegaron a la conclusión de que se trataba de sujetos normales.

Los pasajes principales del dictamen, o sea aquellos en donde se contienen las conclusiones de los señores médicos, dicen así:

"En nuestro concepto Apolinar Jiménez es un hombre de poca mentalidad y con sentido ético y moral casi nulo, sin que pueda decirse que es un loco moral porque las medidas de previsión que tomó para ocultar el crimen, y especialmente la de cubrirle el cuello con un pañuelo para evitar el surco de la cuerda en el ahorcamiento, no son estigmas de locura. Y corroboran nuestras opiniones las circunstancias de que ni en los días en que se inició el proceso judicial, en que se le sindicaba como factor importante, que debieron ser azarosos para Jiménez; ni en los cuatro años de permanencia en la cárcel de Popayán, pues nada se dice al respecto en el informativo; ni en los tres meses que lleva en Bogotá, observado permanente y cuidadosamente por el personal de guardianes de la prisión; ni en las cuatro veces que lo hemos examinado, con intervalo de quince días entre uno y otro examen, ha presentado Jiménez signo alguno, ni vehemente ni sospechoso, de extravío mental, ni de las "rarezas", excentricidades o extravagancias tan comunes en los desequilibrados, disarmónicos, semilocos o chiflados.

"El móvil del delito que se investiga fue el instinto animal de poseer tranquilamente a sus amantes, en cierto modo apremiado por una de éstas, Natividad

Macías, para que apartara el único estorbo que les molestaba y les cohibía la plenitud de sus goces sensuales, en la creencia de que el crimen quedaría oculto, dadas las precauciones que el autor tomó para que así aconteciera. Es, pues, socialmente, un hombre peligroso.

"Natividad Macías es una mujer de unos veintiocho años de edad, de color moreno hosco; pelo negro, lacio, abundante; de 150 centímetros de estatura y de 57½ kilogramos de peso.

"Con todo cuidado la hemos examinado clínicamente, y nada anormal de importancia presenta su organismo. En el expediente aparece que en diciembre de 1936 estuvo en el hospital de Popayán para tratarse alguna afección pulmonar, pero en la actualidad su aparato respiratorio no presenta signos físicos ni perturbaciones funcionales indicativas de lesiones patológicas en ese aparato. Tiene un timbre y tono de voz claros, sin afonía ni laringitis. Su temperatura es de 36,5/10 y se le cuentan 80 pulsaciones al minuto. El examen de los esputos, practicado en el Laboratorio Nacional de Higiene Samper Martínez, número 4194, que también agregamos a este concepto, dice que no encontraron bacilo de Koch, y el peso de esta mujer, 57½ kilogramos, con talla 150 centímetros, indica un estado de nutrición muy distinto a la emaciación progresiva de la hectisia tuberculosa.

"Natividad Macías habla el idioma castellano a la manera de cualquiera de las campesinas de Cundinamarca o Boyacá, con pausa y buena pronunciación, y sin que en las tres largas conversaciones que ha sostenido con nosotros le hayamos sorprendido un modismo o una palabra de origen o de factura indígena. Es una mujer ceñuda y altanera, de locución forzada, que conserva el pleno uso de sus facultades mentales con el grado que corresponde a su analfabetismo y poco roce social.

"Dice Natividad, en contra de lo que nos informó Apolinar, que ella tuvo relaciones carnales con este hombre varias veces, únicamente por acceder a sus constantes requerimientos, sin interés de dinero ni de afectos: que posiblemente la esposa de Apolinar supo o sospechó esas relaciones, pues sin que Natividad se explicara otro motivo, insultaba a ésta cada vez que se encontraba y, en alguna reyerta llegó hasta a amenazarla que la iba a envenenar. En vista de estos disgustos y choques frecuentes, la Macías advirtió a Jiménez de los peligros que la cercaban y, en un momento de cólera, le dijo a éste que el único remedio para terminar esa situación era que él se deshiciera de su mujer. Que solamente una vez le habló en esa forma, y que cuando Apolinar le refirió que estaba decidido a dar muerte a su esposa, ella, Natividad, le aconsejó que no hiciera tal cosa, que lo que sobre ella le había insinuado antes fue en momentos de ira, pero que ya pensaba de otro modo y que le pedía que no lo hiciera.

"Preguntada por nosotros cuál sería en su opinión el motivo del uxoricidio de que se trata, nos contó que Apolinar vivía aburrido con la esposa, a quien nunca quiso, porque permanentemente andaba vigilándolo y, a donde quiera que él iba a trabajar, allá se le presentaba ella, por lo cual vivían en constante riña.

"Natividad Macías es de más imaginación que Apolinar Jiménez y de inteligencia menos escasa que la de éste. Por el hastío que a Jiménez le producía su esposa, por el ascendiente que la amante ejerce sobre el individuo a quien se le entrega; por el carácter fuerte de Natividad y porque Apolinar Jiménez es un hombre rústico y de instintos proclives hacia la perversidad es muy factible que las insinuaciones de esa mujer tuvieran mucha influencia en la determinación que cortó la vida de Ventura Buesaquillo".

Surge el problema de la ley penal que deba aplicarse como más favorable a los reos, entre los códigos de 1890 y de 1936.

Dadas las circunstancias que mediaron en este homicidio, el Código de 1936 asume caracteres de más severidad respecto de Natividad Macías, pues instigadora como fue del crimen podría ser castigada

con la misma pena del autor, según el artículo 19, inciso 2º Y en lo que hace a Jiménez, ocurre que si bien al tenor del artículo 363, ibídem, hay posibilidad de sancionar el hecho cometido por aquel asesinato — en una escala que oscila entre quince y veinticuatro años de presidio, la pena aplicable tendría que ser superior a la de veinte años que se le impusieron conforme al Código de 1890, teniendo en cuenta los varios factores de mayor peligrosidad que pueden imputársele.

El delito constituye asesinato, porque el autor material lo cometió en la persona de su cónyuge; y las circunstancias de mayor peligrosidad de Jiménez (artículo 37 del Código de 1936), son: Haber obrado por motivos innobles o fútiles; la preparación ponderada del delito; el modo de ejecución de éste, demostrativo de grande insensibilidad moral en el delincuente: el valerse de actividades de un menor en la perpetración del crimen; y el concierto previo con su cómplice. Como circunstancias de menor peligrosidad apenas podrían tenerse en cuenta la falta de ilustración del reo y su relativa inferioridad psíquica.

Respecto de Natividad Macías, ni siquiera es necesario tener en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad, ya que, según se dijo arriba, de juzgarla conforme al nuevo Código podría corresponderle pena igual a la del autor del delito; de suerte que aun atendiendo sólo al mínimo de la pena con que el artículo 363 castiga el asesinato, le resultaría más de los trece años y cuatro meses de presidio de que habla el artículo 27 del Código de 1890.

La sanción corporal para el reo Apolinar Jiménez debe ser, pues, de veinte años de presidio, y la de Natividad Macías, de trece años, cuatro meses de la misma pena; pero es entendido que los veinte años de Jiménez no son la pena fija de que trata el Acto Legislativo número 3 de 1910, sino susceptibles de los beneficios de libertad condicional o rebajas a que dan derecho las leyes, y esto de conformidad con el artículo 6º del nuevo Código de Procedimiento Penal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído como fue en su oportunidad 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,

Falla:

Condénase a Apolinar Jiménez a la pena de veinte años de presidio y a la suspensión indefinida de los derechos políticos, para cuyo efecto el Juzgado de instancia dará cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto número 944 de 1934, sobre anotación de esta sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

Se condena a Natividad Macías a la pena de trece años cuatro meses de presidio.

Como parte cumplida de las penas corporales que se imponen a los reos, y las cuales cumplirán en el lugar de castigo que el Gobierno designe, se les computará o abonará el tiempo que hayan permanecido en detención preventiva.

Se condena a Apolinar Jiménez y a Natividad Macías, a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagadera por el erario, y al pago mancomunado de las costas procesales.

En calidad de multa se aplicarán al Estado los utensilios con que se cometió el delito.

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

José Antonio Monalvo—Salvador Iglesias —Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

LA JURISDICCION DEBE ESTAR DETERMINADA EN LA LEY - A QUIENES CORRESPONDE LA FACULTAD DE JUZGAR A LOS JUECES DE TIERRAS

1. En materia de jurisdicción ella tiene que aparecer determinada en forma precisa en la ley, sin que sea aceptable asignarla por analogía.—2. Ni en el Código de Procedimiento Penal ni en la Ley 200 de 1936, se atribuye a la Corte ni a los Tribunales la facultad de juzgar a los jueces de tierras, con la circunstancia de que el citado Código eliminó los llamados juicios de responsabilidad. Por consiguiente, es aplicable el artículo 47 del Código a que acaba de hacerse referencia, según el cual (numeral 12) a los Jueces de Circuito compete "la primera instancia en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuido a otras autoridades"; y según el artículo 44 (numeral 3º), ibídem, en el juzgamiento de los jueces de tierras toca conocer a los Tribunales Superiores por vía de apelación o consulta.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal. Bogotá, diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El Ministerio de Gobierno remitió con fecha diez y siete de enero de mil novecientos treinta y nueve al Procurador General de la Nación un memorial de queja presentado por el señor Vicente Guzmán, contra el Juez de Tierras del Chaparral, doctor Guillermo Preciado.

Dicho escrito, con la documentación a él adjunta, lo envió a su turno el señor Procurador delegado en lo penal al Tribunal Superior de Ibagué "para que, si fuere el caso, esa corporación se digne iniciar investigación criminal".

Aquel Tribunal, teniendo en cuenta que la ley no le confiere expresamente la atribución de juzgar a los Jueces de Tierras, decidió enviar el asunto a la Corte para que ésta determinara si debería o no abrirse la investigación.

Resultando:

1º Verdad es, como lo arguye el Tribunal Superior de Ibagué, que los jueces de tierras son elegidos por la Corte Suprema; que son inamovibles dentro del período legal, y que deben tener las mismas cualidades que se requieren para ser Magistrado de Tribunal Superior;

2º El Magistrado sustanciador del asunto en la Corte, sin resolver previamente acerca de la competencia de ella para conocer del negocio, ordenó algunas diligencias tendientes en lo principal a establecer la calidad del Juez de Tierras del presunto sindicado; y una vez cumplidas dispuso pasarlas al señor Procurador a fin de darle oportunidad de manifestar lo que estimase pertinente; y

3º Con tal motivo el señor Procurador opina que la Corte debe definir ante todo el punto de la jurisdicción.

Considerando:

1º Es lo cierto que en materia de jurisdicción ella tiene que aparecer determinada en forma precisa en la ley, sin que sea aceptable asignarla por analogía;

2º Ni en el Código de Procedimiento

Penal vigente, ni en la Ley 200 de 1936, se atribuye a la Corte ni a los Tribunales la facultad de juzgar a los jueces de tierras, con la circunstancia de que el citado Código eliminó los llamados juicios de responsabilidad; y

3º Así las cosas, es aplicable el artículo 47 del Código a que acaba de hacerse referencia, según el cual (numeral 12), a los jueces de circuito compete "la primera instancia en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuído a otras autoridades"; y según el artículo 44 (numeral 3º) ibidem, en el juzgamiento de los jueces de tierras toca conocer a los Tribunales Superiores por vía de apelación o consulta.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ordena devolver este expediente al Tribunal Superior de Ibagué para que de allí se remita al Juzgado de Circuito que corresponda.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo Baños, Srio. en ppdad.

DETENCION ARBITRARIA. — RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS POR ESTE DELITO

Cuando se falta al respeto a los funcionarios públicos que ejercen autoridad o jurisdicción por razón del ejercicio de funciones oficiales, ellos no pueden imponer las correspondientes sanciones legales sino dentro del caso y dentro de los precisos términos que señale la ley, previo el procedimiento que dispone el artículo 310 del Código Político y Municipal. Para que se cumpla la ley y no se vulneren ni ella ni la Constitución, la sanción que puede imponer el funcionario debe asentarse sobre estas dos bases: a) La existencia del hecho irrespetuoso en el momento en que el funcionario ejerza funciones, y b) La sujeción a los términos, modalidad y procedimiento que una ley preexistente determine y concrete. Cuando falta uno de estos dos elementos, no procede el empleado que castiga la falta de respeto dentro de la norma constitucional. Se sale de la órbita que señala la Constitución y le es imputable entonces un delito de responsabilidad. No basta, pues, que el hecho irrespetuoso o la injuria a un funcionario en ejercicio de su cargo se produzca y se pruebe de manera inequívoca para penarlo o sancionarlo, sino que es menester que la pena o sanción se imponga con el lleno de las formalidades que la ley prescribe. De lo contrario, la omisión de esas formalidades conduciría a la arbitrariedad, con desmedro de la Constitución y de la ley, que exigen esas formalidades sumarias, de ineludible cumplimiento.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, diez de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

La Corte, por providencia de 24 de septiembre de 1938, abrió causa de responsabilidad contra el señor doctor Luis Ernesto Puyana, por los trámites extraordinarios.

El cargo se refirió a violación de alguna o algunas de las disposiciones del libro 2º, título 10º, capítulo 9º del Código Penal, que trata de atentado contra los derechos individuales.

Y el cargo se configuró en el hecho de haber ordenado el doctor Luis Ernesto Puyana, en su carácter de secretario de gobierno del departamento de Santander, encargado del despacho, la detención del señor Francisco Antonio Maldonado, el día 29 de julio de 1936, sin el lleno de las formalidades que prescribe el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal.

Al juicio se le ha dado la tramitación de regla.

Concluída ésta, y evacuadas unas pruebas pedidas por el encausado, de conformidad con los artículos 1914 y 1915 del Código Judicial, se citó para sentencia.

Al efecto, a ello se procede mediante las consideraciones siguientes:

Los hechos

El 29 de julio de 1936, el denunciante señor Francisco Antonio Maldonado, gestionaba ante el ejecutivo seccional de Santander el reconocimiento de una prima por su colaboración en el cargo de director de estadística de la secretaría de obras públicas.

Ya acordado el reconocimiento de la

prima por parte del secretario de obras públicas, doctor José María Rueda, la resolución correspondiente debía someterse a la aprobación del secretario de gobierno, doctor Luis Ernesto Puyana, quien estaba encargado temporalmente de la gobernación.

El doctor Puyana se abstuvo de aprobar la resolución, por considerarlá ilegal.

Por este motivo, en la tarde del expresado 29 de julio y en pleno despacho de la gobernación, se suscitó un altercado entre el doctor Puyana y el señor Maldonado, altercado en el cual Maldonado profirió expresiones fuertes contra el funcionario, doctor Puyana, y le faltó al respeto.

En el acto, el doctor Puyana ordenó al director de la policía la detención de Maldonado. La orden se cumplió pocos momentos después. Maldonado fue detenido en la dirección de policía.

Estando preso Maldonado, el secretario de gobierno, doctor Puyana, dictó la resolución número 204, de fecha 29 de julio de 1936, por la cual se le impuso una multa de cincuenta pesos, de conformidad con el ordinal 18 del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal.

Esta resolución es del tenor siguiente:

"RESOLUCION NUMERO 204 DE 1936
(29 de julio)

"Por la cual se impone una pena correccional.

"El secretario de gobierno, encargado del despacho de la gobernación,
en uso de sus atribuciones legales, y
CONSIDERANDO:

"Que el señor Francisco Maldonado le faltó hoy gravemente, en el despacho de la gobernación, al suscrito jefe del ejecutivo departamental, con motivo y por razón del ejercicio de sus funciones;

"Que las ofensas proferidas por Maldonado fueron presenciadas por el director de la policía departamental, por el secretario privado de la gobernación y por el alcalde del municipio de Floridablanca, quienes así lo han certificado, como lo dispone para estos casos el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal,

RESUELVE:

"Impónese al señor Francisco Maldonado una multa de cincuenta pesos ($ 50,00), de conformidad con el ordinal 18 del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal. Esta multa ingresará al tesoro departamental.

"Notifíquese y cúmplase.

"Expedida en Bucaramanga, a veintinueve de julio de mil novecientos treinta y seis.

"(Firmado) LUIS ERNESTO PUYANA
El subsecretario de gobierno,
"(firmado) Gustavo Reyes R."

Aconteció sin embargo que el señor Maldonado fue enviado a prisión y que luégo se dictó una resolución por la cual se le impuso una multa de cincuenta pesos.

La garantía formal

En el caso que se estudia debe tenerse en cuenta el artículo 23 de la Constitución, que establece que puede castigarse sin juicio previo, por determinados funcionarios a quienes se les falte al respeto, pero en determinados casos y dentro de los precisos términos que señala la ley.

Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción pueden ejercitar esta facultad e imponer sanciones.

Pero para imponer estas sanciones es menester hacerlo dentro del caso y dentro de los precisos términos que señale la ley.

El artículo 309 del Código de Régimen Político y Municipal hace referencia a estas sanciones. Y el artículo 310 del mismo código se refiere a la norma o procedimiento que el funcionario ha de llenar para imponer la pena correccional.

Para que se cumpla legalmente y no se vulnere la Constitución ni la ley, la sanción debe asentarse sobre estas dos bases:

a) La existencia del hecho irrespetuo-

so en el momento en que el funcionario ejerza funciones, y

b) La sujeción a los términos, modalidad y procedimiento que una ley preexistente determine y concrete.

Cuando falta uno de estos dos elementos, no procede el empleado que castiga la falta de respeto dentro de la norma constitucional. Se sale de la órbita que señala la Constitución y le es imputable entonces un delito de responsabilidad.

El artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal señala el procedimiento y da ocasión para interponer reclamo después de impuesta la sanción por la resolución correspondiente.

Es evidente que en el caso presente está comprobado el hecho irrespetuoso; pero también acontece que el arresto se cumplió sin las formalidades que señala el artículo 310, no obstante haber optado el encargado de la gobernación por imponer pena de multa y no de arresto.

El hecho de los irrespetos al gobernador fue sancionado con la imposición de una multa, aunque sin la plenitud de las formalidades legales y al propio tiempo que el autor de los irrespetos había sido privado de su libertad. Pero la Corte no entra a examinar la legalidad o ilegalidad de la resolución sobre multa porque el cargo por el cual se abrió este juicio es el de atentado contra los derechos individuales por detención arbitraria.

La garantía formal de que se viene hablando faltó en el presente caso, según se vio ampliamente en el informativo; y en el plenario no se presentaron pruebas que desvirtuaran el cargo formulado en la providencia de enjuiciamiento. Los testimonios aducidos dejaron en pie los hechos en que ésta se funda.

Maldonado fue arrestado por orden verbal. En la omisión de lo formal se ha concretado, pues, la imputación hecha al ex-gobernador doctor Puyana.

Hay, por tanto, la plena prueba que exige el artículo 1656 del Código Judicial.

Como la omisión o merma de las formalidades indispensables para imponer una pena suele ocurrir, estima la Corte que debe exigirse estricta cuenta a los funcionarios que prescinden de aquellas formalidades a fin de mantener y aprestigiar las garantías establecidas por la Constitución.

No basta, pues, que el hecho irrespetuoso o la injuria a un funcionario en ejercicio de su cargo se produzca y se pruebe de manera inequívoca para penarlo o sancionarlo, sino que es menester que la pena o sanción se imponga con el lleno de las formalidades que la ley prescribe. De lo contrario, la omisión de estas formalidades conduciría a la arbitrariedad, con desmedro de la Constitución y de la ley, que exigen esas formalidades sumarias, de ineludible cumplimiento.

Por el camino abierto de la omisión de las formalidades legales, aceptado por la Corte so pretexto de que el hecho injurioso es indiscutible y protuberante, se estableceria una jurisprudencia que permitiría a cualquier funcionario proceder a imponer sanciones sin sujeción a las reglas tutelares que la Constitución ha establecido como garantía indispensable del derecho a la libertad individual.

Tan indispensable es la observancia de la parte formal para imponer una pena, tan necesario es a los funcionarios autorizados para sancionar por sí y ante sí, sin juicio previo, a quienquiera que les falte al debido respeto en el desempeño de sus funciones, que la misma ley dispone que si abusaren de su poder, a pretexto de ejercer la facultad referida, serán castigados con arreglo a la ley penal. (Véase artículo 310, Código Político y Municipal).

El llamamiento a juicio por responsabilidad contra el doctor Luis Ernesto Puyana, por los trámites extraordinarios, lo hizo la Corte en providencia de 24 de septiembre de 1938, por violación de alguna o algunas de las disposiciones del libro 2º, título 10º, capítulo 9º del Código Penal.

Se ha visto, y así quedó establecido en el proceso, que el secretario de gobierno del departamento de Santander, encargado del despacho, ordenó la detención de Francisco Antonio Maldonado el día 29 de julio de 1936, sin el lleno de las formalidades que prescribe el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal.

También se ha visto y analizado en esta providencia que esas formalidades no se cumplieron, y que con las pruebas traídas no se desvirtuó en el proceso esa omisión punible.

Concretados los hechos y la responsabilidad, la Corte pasa a examinar cuál es el precepto legal violado.

Una de las formas de atentado contra los derechos individuales es la del ordinal 5º del artículo 570 del Código Penal de 1890, vigente en la época de la infracción. Ese ordinal dice:

"Cuando el funcionario o empleado público detiene arbitrariamente a alguna persona en arresto o prisión".

Y luégo, el artículo 572 ibídem determina los casos de detención arbitraria, uno de los cuales, el 3º, es el siguiente:

"Cuando se prenda o arreste, o se mande prender o arrestar, o se mantenga en prisión o arresto a alguna persona sin que haya contra ella procedimiento alguno civil, criminal o administrativo capaz de justificar la detención o arresto".

Aquí precisamente está contemplado el hecho por el cual se llamó a responder en juicio al doctor Puyana, hecho cuya represión se halla en el artículo 573 del mismo código, así:

"El funcionario o empleado público que cometiere alguno de los atentados expresados en el artículo anterior, será suspenso de su destino por seis meses a dos años, y pagará una multa de ocho a cuarenta pesos".

Tales son las penas que le corresponden al procesado y son más favorables que las señaladas en el Código Penal de 1936, artículo 295, que impone prisión de seis meses a dos años por la detención arbitraria, en la modalidad correspondiente al caso que se juzga.

La calificación de la delincuencia se hace en grado inferior, porque a ello obligan las constancias del expediente.

Se anota que el Procurador Delegado en lo Penal se abstuvo expresamente de contestar el respectivo traslado.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, impone al doctor Luis Ernesto Puyana, en su calidad de ex-secretario de gobierno encargado del despacho ejecutivo del departamento de Santander, como responsable de detención arbitraria en la persona de Francisco Antonio Maldonado, las siguientes penas:

Una multa de diez pesos ($ 10.00) como sustitutiva de la de suspensión por seis meses del empleo que ya no ejerce, de acuerdo con el artículo 77 del antiguo Código Penal, y otra multa de ocho pesos ($ 8.00), conforme al artículo 573 ibídem.

Dichas multas ingresarán al tesoro nacional, tres (3) días después de la notificación de este fallo, para lo cual la secretaría dará aviso a la recaudación respectiva.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese.

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello, Srio. en ppdad.

DECLARACION DE CESACION DEL PROCEDIMIENTO POR INEXISTENCIA DE LOS HECHOS DENUNCIADOS COMO DELICTUOSOS

1.—Cuando el hecho o hechos denunciados como delictuosos no existen debe hacerse la declaración a que alude el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal y ordenar, en consecuencia, la cesación del procedimiento.
2.—El delito de "denegación de justicia" no figura en el Código Penal de 1936 con esa forma específica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, mayo diez y siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos:

El señor Procurador Delegado en lo penal se expresa en el presente negocio de esta manera:

"La señorita Julia Escallón Umaña, en escrito elevado ante la H. Corte con fecha 23 de agosto del año pasado, acusó a los señores Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá por los graves delitos de prevaricato y denegación de justicia.

"De lo hasta ahora actuado, resulta:

"Que la señorita Escallón recusó al Magistrado doctor Antonio José Prieto, quien conocía del juicio de sucesión del señor Julián Escallón; que ese incidente pasó a la Sala Dual y ésta, integrada por los Magistrados Gualberto Rodríguez Peña y Carlos Rico Morlot, negó la recusación por no apoyarse en ninguna de las causales consagradas por el artículo 435 del Código Judicial; que pasado el juicio al estudio del Magistrado Prieto el 7 de octubre de 1939, fue despachado el 16 del mismo mes, confirmando la providencia materia de la apelación; y que varios memoriales que la señorita Escallón dirigió al Presidente de la Sala Civil, doctor Rico Morlot, éste los sustanció debidamente ordenando que fueran al repartimiento para que los tramitara el Magistrado a quien le correspondiera el juicio a que ellos se referían.

"Y en cuanto a los cargos que la denunciante hace al magistrado doctor Luis Enrique Cuervo, relacionados con el juicio de interdicción judicial que se le sigue a dicha señorita, el doctor Cuervo explica satisfactoriamente lo acontecido en estos términos:

"....Cuando llegó la oportunidad de estudiar el expediente, encontré un informe de la secretaría, según el cual la señorita Julia Escallón, que era apelante, se había abstenido de suministrar el papel para el reparto y que, en consecuencia, éste se había efectuado en papel común, pasando el negocio al Despacho para que, de acuerdo con la Ley, se declarara ejecutoriada la providencia del juez a quo. En obedecimiento de este mandato legal, que es terminante, declaré ejecutoriada la providencia que había sido materia del recurso intentado por doña Julia. A los pocos días volvió el expediente al Despacho con un peregrino escrito sobre reposición de esa providencia, pero como el Magistrado observara que la señora recurrente tampoco había revalidado las hojas de papel común y estaba, por consiguiente bajo la sanción de la ley de expensas, se le conminó para que revalidase esas hojas antes de oírla, como en efecto lo hizo, pero al volver al Despacho el negocio hubo de advertirse que la revalidación se había hecho cuan-

do ya el auto estaba ejecutoriado..... Presumo que su desagrado e indignación tuvieron como causa inmediata el hecho de que el Magistrado hubiera cumplido con su deber de estudiar y fallar el negocio de acuerdo con la Ley'

"Lo anterior es suficiente para concluir que los Magistrados Rico Morlot, Rodríguez Peña, Prieto y Cuervo, no han cometido ningún delito, y así procede a declararlo, de acuerdo con el mandato del artículo 153 del Código de Procedimiento.

Resultando: 1º Que el delito de "denegación de justicia" no figura en el C. P. de 1936 con esa forma específica;

2º Que tal infracción de la ley penal, siguiendo el pensamiento de la denunciante, parece encajar, no más, en la de prevaricato, conforme al artículo 168, el cual dispone: "El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años. Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de dos a ocho años de presidio"; y

3º Que la actuación de los magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el asunto a que la señorita Julia Escallón U. se refiere, no revela que ellos procedieran incorrectamente en las providencias que dictaron, las cuales no son contrarias a la ley por el aspecto de injusticia expresa o manifiesta, ni, menos, en el sentido de que las inspirara un sentimiento de enemistad en relación con aquella señorita, o uno de simpatía hacia la parte opuesta.

Considerando: Que si es verdad, como lo es, que el hecho imputado no ha existido, esta circunstancia, una de las que trae el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, obliga a la Corte a terminar el proceso de la manera ordenada por dicho artículo.

Y en mérito de las razones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no existe en las presentes diligencias el hecho o hechos que la señorita Julia Escallón U. les atribuye a los magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Luis C. Vásquez, Carlos Rico Morlot, Jesús M. Arteaga, Antonio José Prieto, Daniel Anzola Escobar, Luis Enrique Cuervo, Gualberto Rodríguez Peña y Manuel Iregui.

Cese el procedimiento y archívese el expediente.

Cópiese y notifíquese.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello, Srio. en ppdad.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

No constituyo violación del artículo 180 del C. P. el hecho de exponer un Magistrado de Tribunal Superior su proyecto de programa administrativo que ha de desarrollar en el puesto que ha aceptado de Concejal de un Municipio, ni es posible hallar incompatibilidad entre la magistratura y el empleo obligatorio de miembro de un Concejo Municipal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos:

Resultando 1º Un individuo de nombre Abel Duque, que dice ser "ciudadano colombiano, abogado en ejercicio y liberal", se dirigió el veinte de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, desde Cali, al señor Procurador General de la Nación y al señor Ministro de Gobierno, para denunciar el hecho de que el doctor Antonio José Camacho, magistrado del Tribunal Superior de ese distrito judicial, dictaría el veinticuatro de aquellos mes y año una "conferencia política", con el fin de "defender la lista de candidatos al Concejo en la cual figura él y de atacar las otras listas".

Resultando 2º Duque, que no aparece con matrícula de abogado (11 y v.), ni posee cédula de ciudadanía en Cali (13 y v.), y que hasta ahora es un sujeto desconocido, no ratificó sus denuncios de fs. 1 y 3 con el juramento del caso.

Considerando 1º Si fuera delictuosa la imputación al doctor Camacho quedaría colocada en el artículo 180 del C. P., el cual dispone: "En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior (arresto de un mes a dos años e interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término, aclara la Corte), incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter".

Considerando 2º Pero no infringió la ley penal el acusado al pronunciar, como pronunció, el discurso cuya versión impresa se ve a fs. 16, ya que el doctor Camacho, en líricas frases inofensivas, se ciñó a exponer un conato de programa administrativo que comprendía las iniciativas a que pensaba consagrar sus actividades de futuro concejal. Y no hizo un debate político partidista en la conferencia que dictó, ni es posible hallar incompatibilidad de orden legal entre la magistratura que desempeña el doctor Camacho y el empleo obligatorio de miembro del Concejo Municipal de Cali.

Y porque no alcanza a ser delito el hecho investigado, la Corte Suprema, Sala Penal, en armonía con la solicitud del señor Procurador delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, sobreseé definitivamente en favor del Dr. Antonio José Camacho, magistrado del Tribunal Superior de Cali, por el cargo de que se trató.

Notifíquese y cúmplase.

Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo. Julio E. Argüello, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA JUZGAR A LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1.—No hay que olvidar el principio de que las leyes sobre jurisdicción y competencia son de restricta interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desnaturalice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente. — 2.—En ningún pasaje del nuevo C. de P. P. se le concede a la Corte Suprema, por conducto de su Sala Penal, la facultad de juzgar privativamente o en única instancia a los magistrados de los tribunales del servicio contencioso administrativo. No está vigente, ni puede estarlo, el artículo 100, Ley 130 de 1913, para los hechos de que allí se habla, aun los perpetuados antes del 1º de julio de 1938 cuando se inicia o abre la investigación con posterioridad a esa fecha. Tal artículo 100, que consagra la jurisdicción de la Corte para conocer de las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, por los magistrados del ramo contencioso administrativo, se reprodujo para los mismos magistrados en el ordinal 5º del artículo 33, Ley 105 de 1931. Y no tienen ni pueden tener aplicación alguna esos artículos 100, Ley 130 de 1913, y 33, Ley 105 de 1931, en los procesos iniciados a partir del día en que recibió vida jurídica, formal y materialmente, la Ley 94 de 1938, puesto que los derogó de manera implícita esta última ley y los sustituyó en la contingencia concreta estudiada por el ordinal 6º del artículo 42, en donde no se incluyen los magistrados de lo contencioso administrativo. — 3.—Interesa saber cuál fue la intención o espíritu que informó el artículo 42, Ley 94 de 1938, intención que al investigarla con ayuda de la historia fidedigna que comporta la génesis de ese precepto, viene a traer la clave para explicar la razón y el alcance de éste. Quiso la Comisión encargada de la redacción del nuevo Código de Procedimiento Penal y el Congreso lo aceptó, dejar tan sólo "los fueros especiales consagrados en la Constitución, de modo que al derecho común corresponderán todos aquellos que hoy existen pero que no fueron estatuidos por el constituyente". Y hasta se expresó que tales privilegios o fueros se estatuían "únicamente porque existe una disposición constitucional que así lo impone". Y los fueros especiales en lo tocante a las atribuciones de la Corte Suprema, por lo que hace a la cuestión penal, no son otros que los previstos en el artículo 148 de la nueva codificación de la Carta fundamental. De tal suerte que el espíritu que guió a la Comisión y al Legislador es nítido: reducir el fuero especial del juzgamiento penal por la Corte a los funcionarios que determina la Constitución, suprimiendo el privilegio que en el particular beneficiaba a los numerosos empleados del ordinal 5º, artículo 33, Ley 105 de 1931. — 4.—Si no es la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, la que puede conocer en única instancia o privativamente de las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas por los magistrados del ramo contencioso administrativo, son los jueces de circuito en el ramo penal los autorizados para ese conocimiento, en armonía con el artículo 47, número 1º, Ley 94 de 1938, aun cuando

padezca la *"elegantia juris"* al someter a un magistrado de Tribunal administrativo a la jurisdicción y competencia de un Juez de Circuito.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal. Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos:

En las presentes diligencias figura el doctor Luis Alejandro Gaitán como supuesto infractor de las leyes, en materia o por motivos de **responsabilidad** y no por **delitos comunes**, según denuncio del señor Juan B. Hernández, quien acusó a aquél ante la Corte.

Desempeña el doctor Gaitán el empleo de magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Bogotá, y en ese carácter le atribuye el señor Hernández los cargos de su denuncio.

Resultando:

1º El denuncio, sin fecha, fue presentado en la Secretaría de esta Sala el diez y seis de mayo de mil novecientos treinta y ocho (p. 2), y se refiere a hechos que ocurrieron en marzo del mismo año;

2º Repartida la queja, el primer auto se profirió el diez y siete de octubre de mil novecientos treinta y ocho (fs. 3);

3º Entonces, el proceso se inició dicho día diez y siete de octubre; o, más propiamente, el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y nueve (fs. 9);

4º El señor Procurador delegado en lo penal expresa, entre otras cosas, lo que sigue:

"Por todas estas razones, la Procuraduría conceptúa que debe sobreseerse definitivamente en favor del doctor Luis Alejandro Gaitán, por los cargos aludidos, si es que la Corte estima que es competente para juzgar al Magistrado acusado.

"La denuncia del señor Hernández fue repartida el 27 de mayo de 1938, fecha en la cual estaba vigente el anterior Código de Procedimiento Penal y en que, de acuerdo con el artículo 33 del Código Judicial, la Corte era competente. Pero el primer auto fue proferido por el señor Magistrado Sustanciador el 17 de octubre del mismo año, día en que debe estimarse como iniciada esta investigación, a la cual, por tanto, debe aplicarse, según el artículo 722, el nuevo Código de Procedimiento Penal.

"Ahora bien: en la Ley 94 de 1938 no se atribuyó a la Corte Suprema la competencia para juzgar a los Magistrados de Tribunales Administrativos. Sin embargo, la H. Corte en unas ocasiones ha sostenido que el artículo 100 de la Ley 130 de 1913 está vigente, y por lo mismo la Corte es competente para conocer de estos asuntos; y en otras ocasiones, ha decidido que aquella disposición está derogada y que, en consecuencia, la Corte es incompetente para juzgar a tales Magistrados.

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que se declare incompetente para conocer de este asunto, o que, en subsidio, profiera el sobreseimiento definitivo de que se habló atrás".

Considerando:

1º No es la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, la que puede conocer, en única instancia o privativamente, del proceso seguido al doctor Luis Alejandro Gaitán en su condición de magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Bogotá;

2º Si la acción penal, o el proceso, o la investigación, tuvo su comienzo después del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, sea con el auto de fs. 3 o con el de fs. 9, es de rigor observar lo estatuído por el artículo 722 del nuevo Código de procedimiento penal que ordena en su primer inciso: "Las disposiciones de este Código se aplicarán solamen-

te a los procesos que se iniciaren después de su vigencia";

3º Una investigación criminal o un proceso de semejante naturaleza no se inicia con el solo denuncio del acto o de la omisión que infringe la ley penal, sino con la primera providencia que de vario modo, sin fórmula sacramental, abre la instrucción correspondiente, verdad sencilla a la luz de los artículos 9º, 10, 12, 15, 284, 293 y otros del citado Código;

4º No está vigente, ni puede estarlo, el artículo 100, Ley 130 de 1913, para los hechos de que allí se habla, aun los perpetuados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, cuando se inicia o abre la investigación con posterioridad a esa fecha. Tal artículo 100, que consagra la jurisdicción de la Corte para conocer de las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, por los magistrados del ramo contencioso-administrativo, se reprodujo para los mismos magistrados en el ordinal 5º del artículo 33, Ley 105 de 1931;

5º Y no tienen ni pueden tener aplicación ninguna esos artículos 100, Ley 130 de 1913, y 33, Ley 105 de 1931, en los procesos iniciados a partir del día en que recibió vida jurídica, formal y materialmente, la Ley 94 de 1938, puesto que los derogó de manera implícita esta última ley y los sustituyó en la contingencia concreta estudiada por el ordinal 6º del artículo 42. "La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente de los asuntos siguientes: ...6º De las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los Agentes Diplomáticos o Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las Fuerzas Nacionales, el Contralor General de la República, el Tesorero General de la misma y los Intendentes y Comisarios", expresa dicho artículo 42;

6º En ningún pasaje del nuevo C. de P. P. se le concede a la Corte Suprema, por conducto de su Sala Penal, la facultad de juzgar privativamente o en única instancia a los magistrados de los Tribunales del servicio contencioso administrativo;

7º Y no hay que olvidar el principio de que las leyes sobre jurisdicción y competencia son de estricta interpretación de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desnaturalice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente;

8º Pero lo que más interesa es saber cuál intención o espíritu informó el art. 42, Ley 94 de 1938, intención que, al investigarla con ayuda de la historia fidedigna que comporta la génesis de ese precepto, viene a traer la clave para explicar la razón y el alcance de éste. En el tomo I de los **Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal**, las actas números 39 a 44 (páginas 106 a 134), consignan las discusiones acerca de la fórmula original con que se presentó el hoy artículo 42, y, concretamente, el ordinal 6º. Quiso la Comisión, y el Congreso lo aceptó, dejar tan solo, "los fueros especiales consagrados en la Constitución de modo que al derecho común corresponderán todos aquellos que hoy existen pero que no fueron estatuídos por el constituyente". Y hasta se expresó que tales privilegios o fueros se estatuían "únicamente porque existe una disposición constitucional que así lo impone". Y los fueros especiales en lo tocante a las atribuciones de la Corte Suprema, por lo que hace a la cuestión penal, no son otros que los previstos en el artículo 148 de la nueva codificación de la Carta fundamental. La ponencia de las páginas 106 y 107

se proyectó definitivamente en la página 31 del tomo VIII, y en el Congreso el Senado de la República se limitó "a corregir ciertos detalles de redacción, y agregar o incluir en las previsiones a los Intendentes y Comisarios";

9º De tal suerte que el espíritu que guió a la Comisión y al legislador es nítido: reducir el fuero especial del juzgamiento penal por la Corte a los funcionarios que determina la Constitución, suprimiendo el privilegio que en el particular beneficiaba a los numerosos empleados del ordinal 5º, artículo 33, Ley 105 de 1931;

10 Podría argüirse que el problema no se resuelve con lo que la Corte está argumentando, ya que la dificultad estriba en el artículo 723 del Código de procedimiento penal, artículo concebido así:

"Quedan derogadas todas las disposiciones del Libro tercero del Código Judicial y las leyes que lo adicionan y reforman; pero en las materias que no estén previstas en el presente Código continuarán aplicándose las leyes y reglamentos especiales". Alegaríase que existe un vacío en lo relativo al fuero de algunos altos empleados públicos, vacío que debe llenarse con las leyes anteriores, conforme a la permisión de la última parte del artículo 723. Pues bien. La Corte contesta que quien eso alegare incurriría, de seguro, en un notorio yerro. El artículo 723 lo que derogó expresamente fue el libro tercero del C. J.; pero la ley 94 de 1938, al reglamentar todo lo que toca con la jurisdicción y competencia en el ramo penal, dejó insubsistentes las normas que habían venido rigiendo sobre la materia (artículos 3º, Ley 153 de 1887); y

11. Si no es la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, la que puede conocer en única instancia o privativamente de los procesos como el actual, son los Jueces de Circuito en el ramo Penal los autorizados para ese conocimiento, en armonía con el artículo 47, número 1º, Ley 94 de 1938, aun cuando padezca la elegantia juris al someter a un magistrado de Tribunal administrativo a la jurisdicción y competencia de un Juez de Circuito.

En mérito de la exposición que antecede y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte Suprema, Sala Penal, oído el concepto del señor Procurador, se declara incompetente para conocer del proceso por responsabilidad contra el doctor Luis Alejandro Gaitán, Magistrado del Tribunal contencioso administrativo de Bogotá.

Remítase el negocio a los señores Jueces de este Circuito Penal.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD QUE SE SIGAN CONTRA LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

1.—No le incumbe a la Corte, por medio de la Sala Penal, conocer en única instancia de los procesos de responsabilidad que se iniciaren del 1º de julio de 1938 en adelante, contra Magistrados de Tribunales Administrativos. No está vigente el artículo 100, Ley 30 de 1913, que consagraba la jurisdicción de la Corte para conocer de las causas de responsabilidad de esos Magistrados por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas, porque desde que entró a regir la Ley 105 de 1931 quedó abrogada aquella disposición en forma implícita, al estatuir el artículo 33 la atribución del ordinal 5º para la propia Corte. Y también en forma tácita el artículo 42, Ley 94 de 1938, dejó sin vida jurídica el precepto del artículo 33, Ley 105 citada, para los procesos iniciados después de la vigencia de la Ley 94, en virtud del principio que contiene el artículo 3º, Ley 153 de 1887. En ningún pasaje del nuevo Código de Procedimiento Penal se le concede a la Corte la facultad de juzgar a los Magistrados de los Tribunales Administrativos, entidades éstas que no pueden caber jamás dentro de la denominación técnica de *"Tribunales Superiores de Justicia"* que consagra dicho artículo 42, Ley 94 de 1938. — 2.—Conforme al ordinal 1º del artículo 47 de la citada Ley 94 de 1938, son los jueces de Circuito en el ramo penal quienes tienen la función exclusiva de juzgar en primera instancia a los Magistrados de los Tribunales Administrativos, puesto que el conocimiento de las infracciones penales de éstos, no está atribuído a otras autoridades. Que convenga el fuero especial para estos Magistrados por la mejor garantía de acierto en la Corte Suprema, y por evitar que a tan altos empleados los juzgue un Juez de Circuito cuya categoría es inferior en el servicio público, es punto de *jure condendo*.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio trece de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos:

El señor Procurador delegado en lo penal devuelve este sumario "para que la H. Corte se digne decidir previamente el punto primordial de la competencia para conocer del negocio".

Y agrega el señor Procurador que "el Juez competente no es la H. Corte, sino el Juez del Circuito de Ibagué, en virtud del precepto claro del artículo 47, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal".

Entra, pues, la Corte, a fijar la cuestión previa que solicita el señor Procurador.

Resultando:

Que esta investigación versa sobre el cargo de prevaricato hecho a los doctores Rafael A. Díaz M., José Cayetano Leiva y José Vicente Peñuela S., en su carácter de Magistrados del Tribunal Administrativo de Ibagué, condición oficial establecida aquí.

Considerando:

a) Que ya la Corte sentó doctrina firme al respecto, como puede verse en las acciones penales que se les siguen al doctor Luis Alejandro Caitán y al señor Jesús Aguirre, magistrado el primero del Tribunal Administrativo de Bogotá y del de Santa Marta el segundo, en el sentido de que no le incumbe a ella, por medio de la Sala Penal, conocer en única instancia de los procesos de responsabilidad que se iniciaren del 1º de julio de 1938 en adelante, como Magistrados de Tribunales Administrativos;

b) Que no está vigente, ni puede estarlo, el artículo 100, Ley 130 de 1913, que consagraba la jurisdicción de la Corte para conocer de las causas de responsabilidad de esos Magistrados por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas, porque desde que entró a regir la Ley 105 de 1931 quedó abrogada aquella disposición en forma implícita, al estatuir el artículo 33 la atribución del ordinal 5º para la propia Corte;

c) Que también en forma tácita el artículo 42, Ley 94 de 1938, dejó sin vida jurídica el precepto del artículo 33, Ley 105 citada, para los procesos iniciados después de la vigencia de la Ley 94, en virtud del principio que contiene el artículo 3º, Ley 153 de 1887, el cual preceptúa: "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o **por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería**". (Ha subrayado la Corte);

d) Que el artículo 42 de esa Ley 94 de 1938 le asigna a la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, el conocimiento privativo de los asuntos siguientes: "..... 6º De las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus fnciones se promuevan contra los Agentes Diplomáticos y Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las Fuerzas Nacionales, el Contralor General de la República, el Tesorero General de la misma y los Intendentes y Comisarios";

e) Que en ningún pasaje del nuevo C. de P. P. se le concede a la Corte Suprema, por conducto de su Sala Penal, la facultad de juzgar privativamente o en única instancia a los Magistrados de los Tribunales Administrativos, entidades éstas que no pueden jamás caber dentro de la denominación técnica de **Tribunales Superiores de Justicia**;

f) Que es incontrovertible el aserto de que las leyes sobre jurisdicción y competencia son de restricta interpretación y taxativo entendimiento, que rechazan de por sí toda extensión de analogía, a fin de que la exacta fijación de fanciones, nesaria como es, no se vaya a alterar con un dañoso arbitrio judicial que ponga en manos de los falladores el uso de cualquiera atribución que no se les ha señalado expresamente;

g) Que fue clara la intención de los juristas que elaboraron el proyecto de Código de Procedimiento Penal y del Congreso que expidió la Ley 94 de 1938; reducir el fuero especial del juzgamiento penal por la Corte a los funcionarios que determina el artículo 148 de la nueva codificación de la Constitución, suprimiendo el privilegio de que disfrutaban los numerosos empleados comprendidos en el ordinal 5º del artículo 33, Ley 105 de 1931;

h) Que en el tomo I de los **Trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal**, actas 39 a 44 (páginas 106 a 134), hállase la historia que comporta la clara intención de que habló la Corte en el párrafo o letra inmediatamente anterior, quedando al fin el artículo 42 de la Ley 94 de 1938 casi igual a la ponencia primitiva (106 y 107) con la exclusión de las causas contra el Presidente de la República y los Ministros

del Despacho, la supresión del último inciso, ligeras correcciones de redacción y la inclusión de las causas de responsabilidad contra los Intendentes y Comisarios;

i) Que no es pertinente la cita del artículo 723 del C. de P. P., que trae el señor apoderado de los doctores Díaz M., Caycedo Leiva y Peñuela S., en su interesante alegato de fs. 67 a 75, ni son jurídicos el alcance y significación que a ese artículo da el señor apoderado doctor Malo Baños, pues el precepto sólo dice que quedan derogadas todas las disposiciones del libro tercero del Código Judicial y las leyes que lo adicionan y reforman, pero que en las materias no previstas por el nuevo Código continuarán aplicándose las leyes y reglamentos especiales, de donde rectamente se infiere que si lo derogado de manera expresa fueron las disposiciones del libro tercero del C. J. y las leyes que lo adicionan y reforman (Enjuiciamiento en negocios criminales), la autorización para llenar vacíos o para suplir con leyes anteriores lo no previsto en la Ley 94 de 1938 apenas tiene relación con la materia del mero procedimiento y no con las reglas de organización judicial en lo de jurisdicción y competencia, principios que, se repite, no son susceptibles de aplicación por analogía;

j) Que convenga el fuero especial para los Magistrados de Tribunales Administrativos por la mejor garantía de acierto en la Corte Suprema y por evitar que a tan altos empleados los juzgue un Juez de Circuito cuya categoría es inferior en el servicio público, es punto de jure condendo. De jure condito sobra la reflexión frente a la diáfana claridad de la ley escrita; y

k) Que conforme al ordinal 1º del artículo 47, Ley 94 de 1938, son los Jueces de Circuito en el ramo penal, y no la Corte por medio de esta Sala, quienes tienen la función exclusiva de juzgar en primera instancia a los Magistrados de los Tribunales Administrativos, puesto que el conocimiento de las infracciones penales de éstos no está atribuído a otras autoridades.

En atención a las razones expuestas y de acuerdo con el parecer del señor Procurador, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve una vez más declararse — como se declara — incompetente para conocer del proceso de responsabilidad contra los Magistrados del Tribunal Administrativo de Ibagué, doctores Rafael A. Díaz M., José Caycedo Leiva y José Vicente Peñuela S.

Envíese el negocio al señor Juez del Circuito penal de Ibagué para que califique el mérito de las diligencias.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello, Srio. en ppdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN INCIDENTE DE EXCEPCIONES

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia solamente conoce de los juicios seguidos por jurisdicción coactiva y de sus respectivos incidentes cuando la cuantía es de quinientos pesos o más.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veinte de mil novecientos cuarenta.

Este juicio, promovido por el Juez de Rentas Nacionales de Cali, contra el señor Julio Navia R., para hacer efectivo el pago de la suma de $ 24.75, más los intereses y las costas, a favor de la Nación por concepto de impuesto de cuota militar, subió a la Corte en virtud de apelación concedida al señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia dictada por aquella entidad en el incidente de excepciones propuestas por el ejecutado.

Se observa que esta Sala carece de competencia para conocer de los juicios ejecutivos, menores de $ 500, seguidos por los Recaudadores Nacionales. Su conocimiento está hoy atribuído a los Tribunales judiciales privativamente. La Corte sólo conoce en segunda instancia cuando se trata de excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos seguidos por los recaudores o jueces de ejecuciones fiscales de los Departamentos. Así lo ha resuelto la Sala en varios asuntos. En auto fechado el 18 de mayo de 1937 (Gaceta Judicial número 1927, página 520), dijo lo siguiente:

"Así como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, conoce en única instancia de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, mayores de $ 500.00, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en su Sala Civil, conocen también privativamente y en única instancia de las apelaciones e incidentes en negocios de la misma naturaleza, pero de una cuantía inferior a $ 500.00.

"Y esto sentado, se hace fácil entender cómo el numeral 1º del artículo 37 del C. J., norma general que atribuye a la Sala de Negocios Generales de la Corte los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito, ha tenido una excepción, establecida por el artículo 10 del Decreto 1315 de 1936, para los asuntos de jurisdicción coactiva por suma menor de quinientos pesos, excepción que se funda sólidamente en las razones expuestas por el señor Procurador delegado y que la Sala comparte".

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, ordena devolver este expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por carecer de competencia para conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia de excepciones.

Cópiese y notifíquese.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor recaudador de saldos fiscales de Boyacá sigue por la vía coactiva un juicio contra el señor Constantino Russi por la suma de $ 152.53 como alcance a su cargo y a favor del Departamento de Boyacá, deducido por la Contraloría General del mismo Departamento, proveniente "de un saldo de impuesto predial, recaudado por él en su carácter de tesorero municipal, durante los tres primeros meses del año de 1928, en el municipio de Sutamerchán".

Haciendo uso de su derecho, el señor Russi propuso incidente de excepciones, el cual fue tramitado debidamente por el tribunal superior del distrito judicial de Tunja y decidido en fallo de 9 de junio del año próximo pasado, mediante el cual el tribunal denegó las excepciones propuestas ordenando que el negocio continuara su curso legal.

Este fallo es el que se encuentra en el juicio a la consideración de la Corte por recurso de apelación debidamente interpuesto por el ejecutado señor Russi.

La Corte para resolver considera:

Examinados atentamente los autos, esta Sala llega a la misma conclusión del Tribunal y por consiguiente a confirmar la resolución apelada, tal como ante la Corte pídelo el señor Procurador delegado en lo civil, en el concepto que oportunamente fue por él rendido; para llegar a esa conclusión tiene en cuenta las siguientes razones:

1ª La ejecución está librada, conforme al alcance deducido al señor Russi, **en razón de un saldo de impuesto predial recaudado por él en su carácter de tesorero municipal, durante los tres primeros meses del año de mil novecientos veintiocho (1928) en el municipio de Sutamerchán;**

2ª El deudor señor Russi propone dos excepciones a saber: inexistencia de la obligación, caroncia de acción y error de cuenta; e incompetencia de jurisdicción.

Para fundar la primera excepción el excepcionante después de citar las distintas ordenanzas del Departamento de Boyacá que organizan el impuesto predial, reglamentando su funcionamiento y destinación agrega:

"Desde el primero de enero de 1928 entró el Departamento a cobrar y recaudar el impuesto y según las ordenanzas vigentes, los tesoreros son responsables de las sumas dejadas de recaudar a los contribuyentes. El auto de alcance se refiere a sumas dejadas de recaudar por impuesto predial o directo, es decir, que si aun cuando las fincas sobre que recae el impuesto se consideran afectas al pago del mismo, aun cuando se haya transferido su dominio sin ese pago, el impuesto dejado de recaudar se ha venido glosando sucesivamente a los cobradores creciendo en forma geométrica e indefinida. Todos los cobradores tienen que responder de un impuesto dejado de recaudar, no obstante la deficiente confección de los registros o listas, ya por nombres repetidos, ya porque no existen dentro del municipio, etc. Conforme a las certificaciones que adjunto, expedidas por la sección de catastro departamental y por el recaudador de rentas de Sutamer-

chán, se demuestra que actualmente el suscrito no es responsable de sumas dejadas de recaudar en los meses de enero a marzo de 1928, es decir, porque ya los saldos glosados fueron percibidos. Hay pues sustracción de materia".

En la segunda excepción le niega al juez que está conociendo del recaudo, jurisdicción para conocer de él por las razones que oportunamente se citarán.

3ª La primera excepción carece así de relación con la causa originaria del crédito a cargo del señor Russi. A él no se le están cobrando saldos que hubiera dejado de recaudar por impuesto predial en su carácter de tesorero municipal de Sutamerchán durante los tres primeros meses del año de 1928. Su responsabilidad, como lo dice bien claramente el auto de glosa y el mandamiento de pago, estriba en los saldos por él percibidos del mismo impuesto correspondiente a los meses indicados, y de que no ha dado cuenta. Por lo tanto el hecho generador de la excepción así como los dos certificados que agregó al expediente para comprobarlo, nada tienen qué ver con la obligación porque se le ejecuta.

4ª La excepción de incompetencia de jurisdicción se funda en que en el año de 1928 el impuesto predial estaba siendo recaudado y percibido por los tesoreros municipales, es decir que los saldos de la glosa se debían no al departamento sino al municipio de Sutamerchán. De consiguiente el alcance a favor del departamento es antijurídico y no puede conocer del juicio el señor recaudador de saldos departamentales, conforme a la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 26 de octubre de 1934, que declaró nulos los artículos 13 y 24 de la ordenanza 44 de 12 de junio de 1929 que le daban jurisdicción a la recaudación de saldos para hacer efectivos créditos como el que se cobra. La contraloría de Boyacá, en resolución número 48 de 1935 reglamentó esa sentencia, y ordenó que los juicios pendientes relativos a intereses municipales pasaran para el cobro a los tesoreros municipales del respectivo municipio. Se ve, concluye el excepcionante, "que se trata de intereses municipales en que sólo pueden obrar coercitivamente los tesoreros municipales".

Esta objeción a la jurisdicción del empleado cobrador la deja ampliamente contestada el tribunal en los siguientes apartes de su fallo que aclaran satisfactoriamente la cuestión suscitada por el excepcionante:

"Evidentemente el Consejo de Estado, en sentencia a cuya fecha se ha aludido, anuló los mencionados artículos de la ordenanza 44, reconociendo que la Recaudación de Saldos Fiscales no puede adelantar ejecución por deudas pertenecientes a Tesoros Municipales. Pero en el presente caso no se trata de deuda municipal sino de deuda departamental, y esto debido a que la ordenanza 11 de 1927 departamentalizó el impuesto predial y dispuso que su recaudación empezara a efectuarse desde el 1º de enero de 1928 y para el Tesoro Departamental. Decretos del Gobierno Seccional dispusieron que los Tesoreros Municipales debían recaudar el impuesto predial mientras se hacía la reglamentación técnica para el efectivo recaudo de dicho impuesto y por funcionarios distintos a aquellos tesoreros.

"De suerte que desde el primero de enero de 1928 el producto del impuesto predial correspondía al Departamento y no a los Municipios, y como en el caso que se estudia el alcance se refiere a sumas correspondientes al impuesto predial en los meses de enero a marzo de 1928, es cuerdo concluír que la Recaudación de Saldos Fiscales sí tiene jurisdicción para cobrar aquellas sumas ejecutivamente, puesto que son dineros que pertenecen al erario departamental. Cosa distinta sucedería si el alcance que sirve de base a la ejecución se refiriera a impuesto predial causado antes del primero de enero de 1928, es decir antes de la vigencia de la ordenanza 11 de 1927 y que departamentalizó aquel impuesto".

4º En consecuencia queda demostrado que no se puede acceder a ninguna de las

pretensiones del excepcionante. Por eso la sentencia apelada es jurídica y debe confirmarse.

———

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de excepciones apelada pronunciada en el presente negocio por el tribunal superior de Tunja.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan Antonio Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACUMULACION DE AUTOS A JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

Los jueces de ejecuciones fiscales sí son competentes para desatar las solicitudes sobre acumulación de autos, de tal manera que lo que el funcionario ejecutor tiene que examinar no es su competencia o incompetencia para conocer del incidente, sino la existencia de una causa legal que dé fundamento a la reunión de los procesos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el juicio ejecutivo que por suma de pesos sigue la Nación contra Jorge Matéus como deudor principal y sus fiadores Ramón Díaz Morales e Isidro Espitia, el Sr. Jorge Barrault solicitó la acumulación de este juicio con el ejecutivo que el mismo Barrault adelanta en el juzgado 2º civil municipal de esta ciudad contra el primero de los fiadores citados, fundándose en que es una misma la cosa perseguida en ambas ejecuciones.

El juzgado ante quien se formuló la solicitud de acumulación 1º nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá— en auto de fecha 7 de julio de 1939 negóse a darle curso a aquélla, sosteniendo que "es improcedente, como quiera que a este Juzgado le ha fijado su jurisdicción y atribuciones o competencia, el Decreto Legislativo número 1315 de 1936, el cual delimita su competencia a los asuntos fiscales discriminados en el artículo 3º de allí, entre las cuales no se halla el conocimiento, aun por acumulación, de juicios entre particulares, quienes pueden hacer valer sus derechos, en persecución de las mismas fincas entrabadas previamente en aquéllos, en otra forma, distinta de la acumulación".

En tiempo hábil el señor Barrault interpuso apelación contra la anterior providencia, y, por ello, ha subido el negocio a la Corte, donde tramitado legalmente el recurso, se procede a resolverlo.

El señor procurador delegado en lo civil emitió concepto en el sentido de que es legal la solicitud de acumulación, por cuanto para darle curso a ésta "basta que se funde en alguna causa legal, esto es en alguno de los hechos señalados en los artículos 397 y 398 del Código Judicial. Y en el caso de que se trata, la solicitud se funda en causa legal, como es la persecución de unos mismos bienes en ambos juicios, habiéndose acompañado al escrito el certificado de que trata el inciso 2º del artículo 402 del mencionado código".

Se considera:

Los jueces nacionales de ejecuciones fiscales tienen señalada su jurisdicción y atribuciones en el decreto legislativo número 1315 de 1936, cuyo artículo 11 dice lo siguiente:

"Artículo 11. — Las demás incidencias que en estos juicios se promuevan como las de desembargo, nulidad de lo actuado, **acumulación de autos** (subraya la Sala), bien sea que hayan de decidirse de plano o mediante el trámite de las articulaciones u otro especial, serán desatadas por los funcionarios ejecutores, y de la apelación de sus fallos conocerá la justicia ordinaria, según la cuantía del negocio, como se prevé en las disposiciones anteriores".

Del claro tenor literal de la disposición trascrita se deduce sin la menor vacilación que los jueces de ejecuciones fiscales sí son competentes para desatar las solicitudes sobre acumulación de autos, de tal manera que lo que el funcionario ejecutor tiene que examinar no es su competencia o incompetencia para conocer del incidente, sino la existencia de una causa legal que dé fundamento a la reunión de los procesos.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, revoca el auto que ha sido materia de la presente apelación, o sea el pronunciado por el juez 1º nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá con fecha 7 de julio de 1939, y en su lugar, dispone se le dé curso al incidente de acumulación en referencia.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan Antonio Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INTERDICTO ESPECIAL POSESORIO DE DESPOJO

Estos juicios no tienen por objeto controvertir el dominio, sino establecer que el demandante era poseedor material a tiempo en que sufrió el despojo o la perturbación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Aparicio Sánchez demandó ante el tribunal superior de este distrito judicial al Departamento de Cundinamarca, para que en interdicto especial posesorio de despojo, se declare:

1º Que el Departamento, por medio de su agente inmediato, el inspector de policía del caserío de La Unión, en jurisdicción de los municipios de Ubaque, Fómeque y Choachí, funcionario creado por la ordenanza número 37 de 5 de agosto de 1935, expedida por la asamblea departamental, "está detentando ilegalmente" un lote de terreno de propiedad del querellante ubicado en el mismo caserío por los linderos especificados en la demanda;

2º Que el Departamento debe abstenerse de todo acto que perturbe la posesión, uso y goce que Sánchez ejerce sobre el mencionado lote, y de que "injustamente ha sido despojado"; y

3º Que si el Departamento se opone a la demanda se le condene al pago de los perjuicios que le ha causado al demandante por haberlo privado de la posesión que intenta recuperar.

Los hechos.

Para fundar la acción la demanda relaciona varios hechos que brevemente compendiados son:

a) Sánchez es poseedor inscrito del lote respectivo, el cual está ubicado en jurisdicción del municipio de Choachí, en la sección de Río Blanco, y sobre la margen derecha del Río Blanco y Río Negro, unidos, en el caserío de La Unión;

b) Ese lote lo adquirió de Adelaida Baquero de González según la escritura número 430 de 23 de junio de 1938, otorgada en Cáqueza; y a su vez aquélla lo adquirió por habérsele adjudicado en la partición material contenida en la notaría de Fómeque;

c) Cuando Adelaida le trasfirió la propiedad del lote al demandante ella tenía la posesión material;

d) En el curso del mes de junio de 1938 el señor Guillermo Rey Silva, en su carácter de inspector departamental de La Unión, acompañado de algunos policías, tomó posesión del lote, ordenando la tala de los árboles que allí había, el retiro de los animales que allí también pastaban, y prohibió que se volviera a ocupar;

e) Pocos días después de este hecho Sánchez quiso cercar el lote, pero a ello se opuso el empleado nombrado, dando orden a los guardas que impidieran hacerlo;

f) El señor Sánchez se quejó ante la gobernación de los actos llevados a cabo por sus agentes; pero no obtuvo resultado, porque comisionado el alcalde provincial de Cáqueza para aclarar los hechos, este empleado practicó una inspección ocular, y en ella el inspector de policía señor Rey, alegó que se trataba de un terreno de utilidad pública.

La contestación de la demanda.

En nombre del Departamento contestó la demanda el fiscal del tribunal oponiéndose a la demanda, fundado en los mismos hechos de que da cuenta la inspección ocular practicada por el alcalde provincial de Cáqueza, por orden de la gobernación, el 4 de agosto de 1938, que en pliego original presentó para que se agregara al proceso.

La sentencia apelada.

El tribunal abrió a pruebas el juicio. Vencido este término dictó su fallo con fecha 21 de abril del año próximo pasado, en el cual negó las peticiones de la demanda, condenando al actor en costas.

Por virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor, corresponde ahora a esta Sala determinar sobre la legalidad de la sentencia recurrida.

Examen de la acción propuesta.

La Corte después del minucioso examen del expediente, de las alegaciones de las partes y de pesar el valor de las pruebas, llega fácilmente a la misma conclusión negativa del tribunal, para lo cual expone las siguientes consideraciones:

1ª En la inspección ocular practicada por el alcalde provincial de Cáqueza el 4 de agosto de 1938, por orden de la gobernación y a raíz de la actuación del inspector departamental señor Rey Silva, contra el señor Aparicio Sánchez, en la cual éste hace consistir el despojo, el señor Rey detalla aquella actuación y los motivos que tuvo para realizarla; en el acta respectiva consta: "El señor inspector manifestó: que es evidente y un hecho cierto que por medio de los guardias a su cargo prohibió al señor Sánchez el cerramiento del lote de que él habla y que dio esa orden porque tanto los vecinos de este lugar señores Alejandro Vásquez, Roberto Peña, Guillermo Poñaranda Arenas, Ignacio y Antonio Romeros se presentaron dándole queja de que el señor Sánchez intentaba cercar el camino público que de Fómeque y Ubaque conduce a Choachí, y que además de los testigos que declararon verbalmente, el mismo Inspector tiene pleno conocimiento por conocer ese camino desde más de veinte años que éste es una vía pública y por consiguiente de acuerdo con las disposiciones de policía se creyó en la obligación de impedir tal acto, y además por creer que esa faja de tierra pertenece a la Nación como ribera del mencionado río. En este acto el señor Alcalde del Circuito en asocio del Inspector, de su secretario y del señor Aparicio se trasladó a dicho lote de terreno y se constató que hay un camino que principia cerca del estribo del "Puente de La Unión" y sigue en dirección a la población de Choachí, en dicho lugar el Inspector interrogó a Sánchez que si ese camino no era el mismo que ha existido desde hace más de veinte años como vía pública que conduce al Municipio de Choachí; el señor Sánchez no negó ser ese camino la vía pública que conduce a dicho Municipio pero alegó que él ya no existía porque la que le había vendido, señora Adelaida B. v. de González había cedido una faja o vendido de parte de ese mismo lote para construír la carretera que efectivamente construyeron y que conduce hacia la población de Choachí, dando entrada a varias quintas o propiedades de varios ciudadanos y que ella presta el servicio que prestaba el camino viejo que él deseaba cercar y presentó al mismo tiempo copia de la escritura número 430 de fecha 28 de junio de 1938, pasada ante la notaría del circuito judicial de Cáqueza, en la cual consta la venta que ésta le ha hecho

a dicho Sánchez de la faja de terreno que queda entre la carretera de que se ha hablado y las márgenes del río, que medido éste por el Alcalde dio una extensión en los dos extremos de las márgenes del río a la carretera de veinte metros, la parte de cerca al Puente y de diez y seis y medio metros el otro extremo, y dicha escritura demarca los siguientes linderos: por el pie con el Río Blanco y Negro; por el costado derecho con tierras del doctor Roberto Silva, separa cerca de piedra y una portada para entrar a la finca de Barcelona de propiedad del doctor Silva; por cabecera con tierras de la misma vendedora separa una carretera y por el costado izquierdo con carretera nacional a dar al estribo del Puente donde se encuentra una piedra grande nacida. El señor Alcalde interrogó tanto al señor Inspector como al señor Sánchez, sobre cuánto tiempo hace que la carretera que va en dirección hacia Choachí y que reemplaza el camino que existía de herradura está en servicio y ambos estuvieron de acuerdo que hace el espacio de diez años más o menos es decir desde la administración Abadía. El Alcalde deja constancia por haberlo constatado personalmente, de que entre la vía carretera o camino que desde el tiempo mencionado está en servicio público y la orilla del río existe esa faja de terreno y ha existido según informaciones que he tomado de los vecinos, considerada como ribera del río y que en las mismas condiciones de extensión existe esa faja de terreno en los predios contiguos de propiedad de los señores Roberto Silva, Leovigildo Otálora, Miguel Abadía Méndez y Guillermo Peñaranda y que todos éstos han respetado y considerado como ribera del río y consiguientemente como de utilidad pública. Estas fajas de terreno según informaciones es el lugar donde todos los ciudadanos que concurren al baño hacen uso para desvestirse y permanecer allí y que si ellas fueran cercadas sería difícil la entrada y permanencia a las orillas del río. No habiendo más informaciones que anotar se termina la presente visita y se firma por los que en ella intervinieron".

Como se ve, la inspección fue practicada con audiencia del señor Sánchez, quien aparece firmando el acta respectiva.

2º En el término de prueba del juicio el tribunal practicó, en asocio de peritos, una minuciosa inspección ocular sobre el terreno de que el demandante dice haber sido despojado, y en ella se dejó constancia de lo siguiente, que por sí constituye una prueba de gran valor para desvanecer la acusación del señor Sánchez: "Identificado el referido lote por los linderos descritos, el personal de la diligencia observó que en dicho lote no existen huellas de cerramiento, o de plantaciones de árboles o de sementeras, o de edificaciones, construcción de edificios y obra alguna que haya podido ejecutarse con un año de anterioridad al mes de julio de 1938; que por la orilla derecha del río Blanco y Negro, en dirección sur a norte, existen huellas y rastros de un camino de herradura, por donde aún transitan personas y animales, camino que va por toda la orilla derecha del río, paralelo a la carretera, el cual no aparece cercado en parte alguna, como igualmente se halló el lote a que se ha hecho referencia. Todo lo cual demuestra y hace presumir, ya por el estado aparente, como por no encontrarse cercado por ninguno de los linderos o costados que desde hace algún tiempo, no se ejerce sobre él acto de dominio o posesión por persona alguna".

3º En la misma inspección ocular, en la que intervino el apoderado del demandante, el vocero de la entidad demandada hizo recibir por el magistrado las declaraciones de los señores Florentino Romero, José Romero, Enrique Rey, Domingo Gaitán, Maximiliano Rojas, doctor Roberto Silva y Ricardo Sánchez, personas todas bien conocidas del vecindario de La Unión por vivir allí. De esas declaraciones se destacan los siguientes hechos en que están acordes todos los testigos: que por el lote siempre han pasado dos caminos, uno por la orilla del río, y otro por

más arriba, por donde hoy existe la carretera; este último era muy angosto pero fue ampliado cuando la carretera se construyó; que en épocas anteriores solía inundarse con frecuencia el lote cuando había crecientes de los Ríos Blanco y Negro; que dentro del lote pastaban animales de todos los vecinos, inclusive de la señora Baquero de González, que tiene su casa frente al lote, sobre el costado contrario de la carretera; que los testigos, conocedores del lote, algunos de ellos como el doctor Silva, colindante de la señora Baquero de González, desde hace cuarenta años nunca lo han visto cercado, ni sembrado, ni que haya estado en poder de persona determinada; y que hace algunos años el Sr. Aparicio González, antecesor de la señora Baquero de González y de Aparicio Sánchez, en el dominio inscrito de la finca, intentó cercarla, pero inmediatamente el municipio de Choachí prohibió hacerlo y ordenó tumbar la cerca que se había hecho.

4º Los tres peritos de la inspección ocular doctores Manuel F. Pabón, Julio Acevedo Díaz y señor Pedro Julio Rey, luégo de aceptar que las escrituras presentadas por el señor Aparicio Sánchez favorecen su derecho de dominio sobre el lote, por haber sido parte integrante del globo de tierra de mayor extensión que adquirió la señora Adelaida Baquero de González, tradente de Aparicio Sánchez, manifiestan: "El lote a que se refiere la demanda no tiene rastros o huellas de cerramiento, plantaciones de sementeras, construcciones de edificios, que hayan podido ejecutarse con un año de anterioridad al mes de junio de 1938, y por el contrario, su estado actual hace presumir que el lote ha sido de uso público desde hace muchos años, sin que se hubiera ejercido en él posesión de persona o personas determinadas. Según se ve por la visita ocular que practicamos, un camino existe desde tiempo inmemorial y siempre ha pasado por ese lote".

5º Todas las pruebas anteriores hacen muy dudosa la posesión exclusiva del señor Sánchez sobre el lote. Tanto más si se considera que está atravesado por una vía que el público estima como pública, y que no está cercada, lo que hace todavía más incierto determinar la verdadera zona a que se han extendido los actos posesorios ejercitados por el querellante. Actos que tampoco son positivos, a ejemplo de los que enumera el artículo 981 del C. Civil, pues el lote tal como aparece de las pruebas del expediente es una zona abierta al uso de todos, ubicada sobre la ribera de los ríos Blanco y Negro, que por allí ya pasan reunidos.

6º Leídas las declaraciones de los testigos interrogados a petición del demandante, señores Tomás Torres, Octavio Rodríguez, Calixto García, Wenceslao Martínez, Daniel Villalobos, Sebastián Baquero, Abel González, Pedro Baquero, Paulino Lombana, Amón Sotelo, Evangelista García, Salomón Daza y Tomás García, nada de provecho se infiere en pro de la pretensión del demandante. Los testigos limítanse a afirmar que la propiedad del lote corresponde al señor Sánchez y a sus antecesores. Y en cuanto a la posesión háceala consistir en que allí ha tenido animales la señora Adelaida Baquero de González (hecho que se repite no ha sido exclusivo de ella); en que la misma señora le permitió alguna vez al señor Francisco Velásquez poner una cantina en el lote (arrendamiento que no se sabe en qué época tuvo lugar); y en que cuando se trató de ampliar el camino del lado de arriba para convertirlo en carretera, el doctor Peña y el doctor Abadía Méndez solicitaron el consentimiento de la misma señora en calidad de propietaria del lote (hecho aislado que no es de la clase de los enumerados en el artículo 981 del C. C.).

7º En suma todas las pruebas presentadas por el demandante van más bien a demostrar su carácter de dueño del lote. Pero es bien sabido que esta clase de juicios no tienen por objeto controvertir el dominio, sino a establecer que el demandante era poseedor material a tiempo en que sufrió el despojo o la perturbación.

El tribunal condenó al actor en las costas del juicio. Esa condenación debe suprimirse, porque el hecho de que el demandante equivocara la acción, no revela temeridad o malicia.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada, pronunciada en este negocio el 24 de abril del año próximo pasado en el sentido de suprimirle la condenación en costas que el tribunal hizo contra el demandante, confirmando en todo lo demás dicho fallo.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Antonio Donado—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES. — ACUERDO SOBRE PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS

El Acuerdo municipal aprobatorio del presupuesto de rentas y gastos es norma sustantiva a la cual deben ceñirse los funcionarios del respectivo municipio, y las disposiciones que él contenga no pueden ser modificadas por acto alguno del Concejo que lo ha expedido, sino mediante otro Acuerdo adicional o reformatorio; una proposición aprobada unánimemente por los miembros de un Cabildo, no altera o sustituye lo dispuesto mediante acuerdo de la misma entidad. Para prescindir del cumplimiento de un Acuerdo se necesita otro posterior que modifique el primero.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Contraloría General del Departamento de Cundinamarca en su auto de fenecimiento número 8,490 de 28 de marzo de 1937 redujo el alcance anteriormente decretado por auto 6,085 de 30 de diciembre de 1936 contra Guillermo Benavides, en su calidad de Tesorero Municipal de El Colegio, a la suma de $ 289.92 y dispuso que el Juez de Ejecuciones Fiscales del Departamento procediese al cobro ejecutivo.

El 21 de mayo de 1937 el Juzgado dictó auto de mandamiento ejecutivo por la suma de $ 298.19. Al intimársele, Benavides pidió que la actuación se llevara ante la Contraloría del Departamento, a fin de que, considerando los documentos que en el mismo acto presentaba, se le declarase exento del alcance. Teniendo en cuenta tales documentos y las pertinentes disposiciones fiscales, la Contraloría, en concepto número 95 de febrero 9 de 1937, redujo el valor de la ejecución a la cantidad de $ 115.85, y dispuso continuase limitada únicamente a esta suma.

El Juzgado, en obediencia a lo ordenado por la Contraloría, en su auto de 20 de agosto de 1937, relevó al ejecutado de pagar la cantidad por la cual se le intimaba ejecución, y continuó ésta reducida a lo indicado por aquella entidad. Embargados algunos bienes del deudor, éste consignó, con el asentimiento del Juzgado, $ 150 para responder del juicio.

El 15 de noviembre de 1937 propuso el demandado algunas excepciones, que fueron tramitadas y falladas por el Tribunal Superior de Bogotá. En la sentencia del Tribunal, fechada el 29 de agosto de 1938, se declararon no probadas las excepciones propuestas y se dispuso la continuación del juicio. Apelada por el ejecutado esta providencia, el Tribunal concedió el recurso para ante la Corte en su auto de 30 de septiembre de 1938.

Habiéndosele dado a aquél la tramitación de rigor, y no observando esta Sala de la Corte irregularidad alguna que afecte de nulidad el procedimiento, se procede a fallar, previas las siguientes consideraciones:

En el memorial respectivo, el apoderado de Benavides propone estas excepciones: "la de ilegitimidad de la personería del deudor, inexistencia de la obligación que se demanda o cualesquiera otra denominación que cuadren a los siguientes hechos", que la Corte extracta así: El Concejo Municipal de El Colegio ordenó al Tesorero en su proposición de fecha 24 de junio de 1935 suspender transitoriamente desde el siguiente mes el pago de

lo recaudado por Impuesto Predial en la parte proporcional al porcentaje para la revisión del catastro. Los saldos en el libro de Caja acreditan la imposibilidad de verificar un pago con suma que no había ingresado en la cuantía suficiente. El deudor real vendría siendo el Municipio y no el Tesorero, quien debe obedecer las órdenes del Concejo. Habiendo sido esta entidad la que ordenó la suspensión del pago del 10 por 100, por cuanto tenía fondos para la revisión del catastro, el verdadero deudor es el Municipio, y por lo tanto, hay ilegitimidad en la personería del ejecutado, por ser persona distinta de la obligada a responder. El Tesorero se vio abocado a una fuerza mayor debido a la orden del Concejo, lo cual debe ser tenido en cuenta. Estos hechos exoneran a Benavides — en opinión de su apoderado — de la obligación de pagar la suma que se le cobra.

En cuanto a la orden de suspensión del pago que el Concejo diera al Tesorero, en ningún caso puede considerarse como fundamento legal para que dejara de cumplir con lo prescrito en el Acuerdo sobre Presupuesto. Dada la índole de nuestra organización administrativa, el Acuerdo Municipal aprobatorio del presupuesto de rentas y gastos es norma sustantiva a la cual deben ceñirse los funcionarios del respectivo municipio. Y las disposiciones que él contenga, no pueden ser modificadas por acto alguno del Concejo que lo ha expedido, sino mediante otro Acuerdo adicional o reformatorio; una proposición aprobada unánimemente mente por los miembros de un Cabildo, no altera o sustituye lo dispuesto mediante acuerdo de la misma entidad. Es pues infundada la afirmación del proponente que coloca al ejecutado en las condiciones de fuerza mayor. No existía en el caso de autos fuerza mayor alguna. El Tesorero debía saber que para prescindir del cumplimiento de un Acuerdo habría de hacerlo en virtud de otro Acuerdo que le fuera posterior y que lo modificase. No cabe, por tanto, tener en cuenta el hecho alegado.

En cuanto a la ilegitimidad de la personería del deudor, y la inexistencia de la obligación, alegadas igualmente como excepciones, la Corte acoge, por hallarlas ajustadas a la realidad, estas apreciaciones de la sentencia de primera instancia:

"En desarrollo de las Ordenanzas Departamentales que regulan la materia referente al porcentaje que deben consignar los municipios del Departamento de Cundinamarca para los efectos de la revisión del castastro, se dictó el Decreto número 389 de 1938, el cual dispone entre otras cosas, que la consignación que debe hacer cada Municipio para los efectos de la revisión del catastro, es el 10 por 100 de lo que se haya presupuestado por entradas provenientes de impuesto predial, teniendo en cuenta para dicho efecto lo que sobre el particular se haya dispuesto en el respectivo Acuerdo Presupuestal Municipal, y que en el evento de que por el Tesorero Municipal, no se haga la consignación del caso mes por mes, éste quedará responsable de las sumas no consignadas, las cuales se le deducirán como alcance en las respectivas cuentas".

En razón de la voluntad claramente expresada por el ordenador departamental, al Tesorero Municipal corresponde consignar el porcentaje referido en las arcas del Departamento, so pena de la no aprobación de sus cuentas.

Como lo observa la sentencia del Tribunal, el demandado tiene abiertos los caminos legales para hacerse reintegrar por el Municipio la cantidad a cuyo pago se le constriñe en el presente juicio.

Es el Tesorero quien debe responder por el incumplimiento de las normas a cuya observación está obligado, y no, en el caso de autos, el Municipio de El Colegio, máxime cuando tal incumplimiento acarrea al responsable consecuencias de orden pecuniario.

En vista de lo anteriormente expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y ocho.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio, en ppdd.

DECLARACION DE ACCESION

El artículo 739 del Código Civil no consagra una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del suelo se considera poseedor de él y el edificador no le disputa a ese dueño su derecho de dominio. La acción reglamenta uno de los casos de accesión, y es aquel en que el dueño del suelo automáticamente se convierte también en propietario de la respectiva edificación, plantación o sementera, pero con el gravamen de reconocer el valor de las mejoras que el tercero ha hecho sobre el terreno que no le pertenece.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el juicio ordinario promovido por Ernesto Ferro Zea contra el Departamento del Tolima ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, esta corporación dictó sentencia de primera instancia con fecha 31 de agosto de 1939 en la cual falló así el pleito:

"Primero. Que la casa de bahareque con techo de teja metálica, con pisos de cemento y determinada por estos linderos especiales: 'por el frente en extensión de quince metros ochenta centímetros, con la manga de grama de la hacienda, calle del caserío de por medio; por el costado occidental, con casa en donde vive el arrendatario Angel Cortés, separada por callejón de la hacienda; por el costado sur con terreno de la hacienda mirando sobre el potrero de "El Común"; y por el otro costado, o sea el Oriental, con terreno también de la hacienda de propiedad de Ernesto Ferro Zea', casa que construyó el Departamento del Tolima en terrenos de la hacienda de "Rastrojos" de propiedad de Ernesto Ferro Zea, en jurisdicción del municipio de Ambalema, a ciencia y paciencia del dueño del globo, ha ACCEDIDO al referido predio de la hacienda de "Rastrojos", distinguido por los siguientes linderos: 'Del mojón marcado con el número uno (1), situado en la carretera de Cambao a Armero, punto de colindancia con el potrero de La Vega del señor Félix Salazar, línea recta por la cerca divisoria de los potreros del "Secreto" y "La Aurora" con el de "La Vega", a encontrar un mojón marcado con el número dos (2); de este mojón, línea recta con dirección suroeste siguiendo toda la cerca divisoria del potrero de la "Esperanza" con "La Vega", hasta el río Lagunilla, punto donde se fijó un mojón marcado con el número tres (3); río Lagunilla abajo hasta encontrar un mojón marcado con el número (4) en la margen izquierda del río; de aquí pasando al otro lado del río y abrazando una mogota de tierra donde está actualmente una platanera de propiedad de la hacienda, siguiendo por los mojones números cinco (5) y seis (6), colindando con terrenos de la hacienda de "El Triunfo" del señor Félix Salazar, a encontrar el mojón número siete (7) en la margen izquierda del río, en la colindancia con el señor José María Gómez; de este punto, en dirección noroeste, línea recta colindando con los potreros de "Esmeralda" y "Cuatro Esquinas", de propiedad de José María Gómez, hasta encontrar el mojón marcado con el número ocho (8); de aquí línea recta, por toda la colindancia con los potreros de "Cotoré" y "Cabo de

Guardia", hasta encontrar un mojón marcado con el número nueve (9); de aquí, volviendo en dirección oeste, por toda la colindancia con el potrero llamado "Montañita" hasta encontrar un mojón marcado con el número diez (10), que está en la intersección de la cerca oriental del potrero de "Cerezal"; de aquí, por esta cerca en dirección noroeste, a encontrar la carretera de Cambao a Armero, punto que tiene un mojón marcado con el número once (11); y de aquí siguiendo por toda la carretera hacia el oeste hasta el primer mojón, punto de partida'.

"Segundo. Que el doctor Ernesto Ferro Zea ha adquirido por accesión el dominio de la casa de bahareque, con techo de teja metálica, con pisos de cemento y por los linderos especiales que se determinaron en la petición anterior, que el Departamento del Tolima construyó en el suelo que ocupa dicha casa y que hace parte de la hacienda de "Rastrojos" de propiedad del demandante.

"Tercero. Que el Departamento del Tolima está obligado a entregar al doctor Ernesto Ferro Zea, una vez ejecutoriada esta sentencia, la referida casa de bahareque, con techo de teja metálica y pisos de cemento, mediante el pago simultáneo de la suma de quinientos cincuenta pesos ($ 550.00) moneda legal en que fue avaluada pericialmente la edificación dentro del presente juicio, pago que deberá hacer Ferro Zea al Departamento del Tolima.

"Queda a salvo al Departamento el derecho de retención que consagran las leyes vigentes".

Como esta sentencia no fuera apelada por ninguna de las dos partes vino en consulta a esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en donde sometido el asunto a la tramitación de rigor procede dictar ya la resolución que corresponde.

En la demanda el demandante impetra las peticiones que decretó el tribunal en los puntos 1º, 2º y 3º del transcrito fallo, apoyándose en estos hechos: a) que el doctor Ernesto Ferro Zea es dueño del predio de "Rastrojos", al tenor de la escritura pública número 2387 del 13 de octubre de 1933 otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá, la cual presentó con el libelo; b) que dentro de ese predio el Departamento del Tolima por medio de sus agentes construyó una casa de bahareque, con techo de teja metálica y piso de cemento, determinada por los linderos expresados en el libelo, construcción que se hizo a ciencia y paciencia del dueño del terreno; c) que el Departamento del Tolima destinó la referida casa para expendio de licores nacionales; y d) que el expendio de licores nacionales en la mencionada casa atrae a ella las gentes de la región, fomentándose allí por el uso del licor algazaras y pendencias, que perjudican gravemente al dueño de la hacienda y a los trabajadores de ella, por lo cual aquél desea librarse de esas incomodidades.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué, como representante del Departamento, contestó la demanda manifestando "que fue en la hacienda de "Santuario" y a ciencia y paciencia del señor Vaughan, donde el Departamento del Tolima levantó una edificación a principios del año de 1933".

Abierto el juicio a pruebas el actor adujo las que estimó oportunas, entre ellas una inspección ocular para hacer la identificación del predio o finca de "Rastrojos" por los linderos consignados en la primera petición de la demanda, la identificación de la casa y el avalúo pericial de la misma, avalúo que dio un resultado de $ 550.00 moneda corriente, el cual no fue objetado por ninguna de las partes.

De las pruebas aportadas tanto con la demanda, como durante el término probatorio ante el tribunal, dedúcense los siguientes hecho acreditados satisfactoriamente en el juicio:

a) Que el departamento del Tolima levantó una edificación a principio del año

de 1933 consistente en una casa de bahareque y teja metálica con pisos de cemento, con cuatro piezas sin cielos razos (confesión de la parte actora en la demanda);

b) Que esa edificación fue construída sobre terreno perteneciente a la finca denominada "Rastrojos" delimitada en la demanda, que fue parte integrante de la antigua hacienda del "Santuario" (inspección ocular del 6 de marzo de 1939, folios 8 y 9 del c. número 2);

c) Que tal edificación fue hecha a ciencia y paciencia del entonces dueño del terreno (confesión del actor);

d) Que la construcción vale según dictamen pericial rendido con las formalidades legales en la misma diligencia de inspección ocular, la suma de $ 550 moneda corriente.

El señor procurador delegado en lo civil de la nación acepta la comprobación de los hechos anteriores y pide que dándole aplicación al inciso 2º del artículo 739 del C. Civil según hízolo el tribunal en el fallo consultado, se confirme éste.

También es postulado de los autos que la casa edificada por el departamento en la hacienda de "Rastrojos", en época en que esta finca hacía parte de un globo de tierra de mayor extensión denominado "Santuario", de que fue propietario el señor John M. Vaughan, antecesor en el dominio del actual demandante, la ocupa la entidad demandada, quien reconoce el derecho de dominio que sobre la respectiva porción de tierra edificada tiene el señor Ferro Zea.

Según el artículo 739 del C. Civil si se edifica, siembra o planta, por tercera persona, en suelo ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de éste, el propietario está obligado a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, para recobrar su dominio.

No consagra esta disposición una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del suelo se considera poseedor de él y el edificador no le disputa a ese dueño su derecho de dominio. La acción reglamenta uno de los casos de accesión, y es aquel en que el dueño del suelo automáticamente se convierte también en propietario de la respectiva edificación, plantación o sementera, pero con el gravamen de reconocer el valor de la mejora que el tercero ha hecho sobre el terreno que no le pertenece.

En el presente caso están reunidos todos los elementos constitutivos de ese caso de accesión de cosas muebles a inmuebles contemplados por el mencionado artículo 739. De manera que la justicia está en la obligación de reconocer ese hecho al mismo tiempo que ordenar la prestación que corresponde al dueño del suelo en favor del edificador, prestación concretada al pago de la suma en que fue avaluada pericialmente la casa.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y obrando de acuerdo con el concepto del señor procurador delegado en lo civil, confirma la sentencia dictada en este juicio por el tribunal superior de Ibagué el 31 de agosto del año último, que ha sido consultada.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese este fallo en el próximo número de la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Juan Antonio Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SECUESTRO

El artículo 1021 del C. J. está destinado a garantizar plenamente la posesión de los terceros en el juicio ejecutivo. Pero no de toda posesión, sino de la material. La legal, conferida por el registro del título de adquisición en la oficina de registro de instrumentos públicos, la salvaguardia el artículo 1009 del mismo código, en virtud del cual el embargo de un bien raíz en juicio ejecutivo se mantiene a condición de que claramente aparezca que la propiedad de él corresponde efectivamente al deudor ejecutado, por la certificación que al respecto expida el registrador de instrumentos públicos. De esta manera el artículo 1021 se encamina a amparar el derecho de los terceros poseedores materiales de un bien. De ahí que el precepto estatuya que si al verificarse el secuestro del bien embargado el juez lo encuentra en poder de tercera persona, que no lo tenga a nombre del ejecutado, y que diga que le pertenece, lo debe dejar en poder de quien lo tiene y en calidad de secuestro; de lo ocurrido se extiende un acta, etc. De consiguiente, no basta la sola afirmación del tercero de que el bien le pertenece. La afirmación debe estar respaldada por la realidad, porque la oposición se funda en la posesión, y el fenómeno que ésta encarna exige una serie de hechos consumados con antelación al acto del secuestro. De lo contrario cualquier ocupante ocasional tendría la facultad de oponerse con grave daño para el interés de las partes. Ese no es el derecho que la ley protege. Precisamente para evitar en el juicio la irrupción de terceros sin derecho, corresponde al juez en el acto del secuestro calificar sumariamente las circunstancias en que el opositor se encuentra con relación al bien que dice pertenecerle, a efecto de establecer la realidad del hecho sustancial de la posesión. Tales circunstancias son la base necesaria de su resolución.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Topias Pilonieta).

En la diligencia de secuestro y avalúo de los bienes embargados en el juicio ejecutivo que adelanta la Nación contra Víctor M. Martínez, Epaminondas Martínez y Néstor Pardo, y al procederse al secuestro de la casa de habitación del señor Epaminondas Martínez, uno de los bienes sometidos a la traba, la señora María Pardo de Martínez, cónyuge de éste, se opuso a que se llevara a efecto dicho secuestro alegando ser la exclusiva propietaria y poseedora del bien en cuestión.

El juez comisionado desechó la oposición y consumó el secuestro. Esta resolución es la que está apelada ante la Corte.

Para resolver el recurso se considera:

Oportunamente se oyó al señor agente del ministerio público, quien solicita que se confirme la resolución apelada.

Los fundamentos de esa resolución

constan en la misma diligencia de secuestro; allí se lee:

"En vista de la oposición de la compareciente y de encontrarse de presente el señor Epaminondas Martínez, ejecutado y esposo de la opositora, el Juzgado le solicitó presentara alguna prueba para poderse aceptar su oposición relativa a la propiedad y posesión de la casa en referencia, así como una demostración de este hecho y de que no era el ejecutado señor Martínez el dueño y poseedor de ella, manifestando la señora de Martínez que en la debida oportunidad presentaría la prueba legal para verificar esta demostración solicitada por el Juzgado. Como la señora María Pardo de Martínez, esposa del señor Epaminondas Martínez, quien se encontraba de igual manera presenciando la diligencia, no presentara documento alguno al respecto, ni testigo de ninguna naturaleza que hiciera ver al Juzgado, el hecho preciso de que ella se encontraba en calidad de poseedora de la casa, que era la propietaria de ella y que no tenía la casa a nombre del ejecutado, el Juzgado procedió a dar cumplimiento al mandato imperativo del artículo 1021 del Código Judicial, desechando la oposición hecha por la señora María Pardo de Martínez, por no haber llenado los requisitos a que el mismo artículo 1021 citado se refiere, pues por el criterio sano y justo del juez, se pudo apreciar y por ser de notoriedad pública que el señor Epaminondas Martínez vive en la misma casa de que se trata con toda su familia y de que él mismo se encontraba en la casa relacionada, y quien además hizo algunas observaciones al personal que a la diligencia concurrió. En vista de las razones anotadas y como se hubiera tomado exacta cuenta de que el verdadero poseedor de la casa en referencia era el señor Epaminondas Martínez, — ejecutado, — el Juzgado 2º Municipal de Anolaima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, acorde con lo dispuesto por el artículo 1021 del C. J. desechó y por consecuencia lógica no aceptó la oposición hecha por la señora María Pardo de Martínez y le hizo entrega real y material de la casa en referencia, por su situación y linderos, al señor Pablo Joaquín Barreto, perito secuestre nombrado, exceptuándose de dicha entrega tres piezas o locales que dan a la carrera Boyacá y como lo dice el mismo auto de embargo".

Para la Corte el juez obró correctamente absteniéndose de admitir la oposición de la señora Pardo de Martínez; ese funcionario aplicó fielmente el espíritu y la letra del artículo 1021 del Código Judicial.

La disposición citada está destinada a garantizar plenamente la posesión de los terceros en el juicio ejecutivo. Pero no de toda posesión, sino de la material. La legal, conferida por el registro del título de adquisición en la oficina de registro de instrumentos públicos, la salvaguardia el artículo 1009 del mismo código, en virtud del cual el embargo de un bien raíz en juicio ejecutivo se mantiene a condición de que claramente aparezca que la propiedad de él corresponde efectivamente al deudor ejecutado, por la certificación que al respecto expida el registrador de instrumentos públicos.

De esta manera el artículo 1021 encamínase a amparar el derecho de los terceros poseedores materiales de un bien. De ahí que el precepto estatuye que si al verificarse el secuestro del bien embargado el juez lo encuentra en poder de tercera persona, que no lo tenga a nombre del ejecutado, y que diga que le pertenece, lo debe dejar en poder de quien lo tiene y en calidad de secuestre; 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 e interrogar a las partes y testigos".

De consiguiente no basta la sola afirmación del tercero de que el bien le per-

tenece. La afirmación debe estar respaldada por la realidad, porque la oposición se funda en la posesión, y el fenómeno que ésta encarna exige una serie de hechos consumados con antelación al acto del secuestro. De lo contrario cualquier ocupante ocasional tendría la facultad de oponerse con grave daño para el interés de las partes. Mas ese no es el derecho que la ley protege.

Y precisamente para evitar en el juicio la irrupción de terceros sin derecho, al juez corresponde en el acto del secuestro calificar sumariamente las circunstancias en que el opositor se encuentra con relación al bien que dice pertenecerle, a efecto de establecer la realidad del hecho sustancial de la posesión. Tales circunstancias son la base necesaria de su resolución.

En la diligencia de secuestro no se puede citar ningún elemento que contribuya en mínima parte siquiera a afianzar la actitud de opositora legítima que asumió la señora Pardo de Martínez. A lo que se agrega que ella tampoco aportó, no obstante el requerimiento del juez, ningún elemento, siquiera indiciario de la calidad de poseedora de la casa con que se presentó ante el juez.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la resolución del juez comisionado que practicó el secuestro, materia del presente recurso de apelación.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta, Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad."

EXCEPCIONES — DECLARACION DE RENTA

Las leyes señalan términos especiales para declarar la renta con el fin de deducir el impuesto rèspectivo, y es esa declaración la base del gravamen. Si el contribuyente en su perjuicio presenta mal la declaración, tiempo tiene para efectuar las rectificaciones correspondientes ante los funcionarios respectivos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El juez de rentas nacionales de Bogotá libró mandamiento de pago contra el señor Gustavo Smith, por la suma de $ 512.75 moneda corriente, proveniente del impuesto sobre la renta liquidado a dicho señor en lo correspondiente al año de 1937.

Notificada la ejecución, el ejecutado propuso un pliego de excepciones, que fue remitido a esa corporación por el juez ejecutor para la sustanciación y fallo del incidente.

La excepción es la de error de cuenta; básase en errores cometidos al liquidar el impuesto que se le asignó por el año de 1937. Dice el excepcionante que denunció la renta de 1937 con un saldo gravable de $ 4,570.53. Pero que la administración de hacienda nacional no aceptó tal denuncio, liquidándole en cambio una renta gravable de $ 15,140.53. Agrega el apoderado del señor Smith lo siguiente para explicar cuáles fueron los motivos de los errores cometidos en la liquidación de su impuesto. "4º El error de la liquidación proviene de no haber tenido en cuenta que el trabajo del señor Smith debe valer algo, porque lo que debe gravarse, es el capital y la renta, y además, proviene el error del denuncio mismo, del impuesto sobre la renta, por cuanto por olvido del denunciante y más que todo por la confianza que depositó en su contabilista, dejó de incluír pasivo en la renta. En efecto, en el costo de mercancías producidas o extraídas para vender dejó de incluír la suma de seis mil trescientos veintiséis pesos, ochenta y ocho centavos, procedente de mercancía no pagada.

"5º Otro error del denuncio mismo, consistió, en haber denunciado como valor de inventario al fin del año la suma de diez mil pesos, sin especificar, que un mil quinientos pesos m. c. es valor de mobiliario, y ocho mil quinientos pesos, proviene de inventario o valor de inventario al fin del año.

"6º También mi representado denunció una venta bruta de treinta y un mil ochocientos veinticuatro pesos, cincuenta y un centavos, menos devoluciones y rebajas, la suma de $ 29,824.51. La administración de hacienda nacional, para liquidar no tuvo en cuenta las devoluciones y rebajas, porque mi mandante no las comprobó, y evidentemente sucedió que muchas revistas que se repartieron a las cigarrerías de la ciudad le fueron devueltas por haber pasado el término para venderlas, y otras tuvo que reducirlas en su precio. Sin embargo, por la dificultad de comprobar esta partida, parto del mismo hecho de la administración de rentas, o sea, que la venta bruta ascendió a $ 31,824.51".

Para respaldar la defensa el excepcionante presentó en el término de prueba un legajo de facturas y una copia de su declaración de renta y patrimonio del año de 1937 y de la liquidación definitiva que el respectivo recaudador le hizo, de donde se dedujo el impuesto que ahora se le cobra.

De acuerdo con el señor Procurador, la Corte también concluye que la defensa es inoperante.

Los errores de la liquidación, según confiésalo el propio excepcionante, provienen todos de errores que él cometió en la declaración de su renta. De consiguiente esas equivocaciones hoy no las puede rectificar ante la justicia ordinaria, cuya misión no puede ser la de suplantar las funciones propias de las oficinas liquidadoras ante las cuales el señor Smith ha debido oportunamente poner de presente aquellos errores. Las leyes señalan términos especiales para declarar la renta con el fin de deducir el impuesto respectivo, y es esa declaración la base del gravamen. Si el contribuyente en su perjuicio presenta mal la declaración, tiempo tiene para efectuar las rectificaciones correspondientes ante los funcionarios respectivos.

De otro lado, aun cuando lo anterior no fuese así, con la documentación presentada no puede llegarse al resultado a que aspira el ejecutado.

Para verificar las enmiendas que se proponen habría que examinar los inventarios y balances, que el señor Smith presentara con la declaración de renta. Esa documentación no existe en el expediente. El solo legajo de facturas que se allegó al juicio ninguna luz da, porque está formado de documentos aislados, con los cuales se ignora si ellos efectivamente constituyeron créditos contra el contribuyente, insolutos en 31 de diciembre de 1937. Tales facturas nada valen, sin la base necesaria de la contabilidad del señor Smith.

Debe advertirse además para establecer la imposibilidad en que se está de admitir las rectificaciones que reclama el excepcionante, que de acuerdo con las observaciones contenidas en la liquidación y hechas por el respectivo liquidador, no infirmadas por el señor Smith, él es un comerciante que no lleva libros y que los que presentó al liquidar no dan mérito para establecer la verdadera renta, pues no están registrados; tampoco lleva libro de inventarios, ni de cuentas corrientes ni de liquidación de facturas, y el solo libro que lleva es uno de caja donde anota las ventas diarias.

Por las consideraciones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador delegado en lo civil, declara no probadas las excepciones propuestas. Siga adelante la ejecución.

Las costas del incidente de excepciones son de cargo del ejecutado. Tásense.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SECUESTRO

La ley no admite dentro del juicio ejecutivo incidentes para demostrar que el opositor a un secuestro es persona distinta de la ejecutada. El derecho a oponerse sólo radica en cabeza de los que no sean partes y que se encuentren materialmente poseyendo el bien que se va a secuestrar. Es absurdo pretender que el ejecutado puede oponerse al secuestro, pues sólo se concede ese derecho a los terceros en defensa de las situaciones jurídicas que deben respetarse. (Artículos 278 y 1021, C. j.) Lo mismo puede decirse del derecho consagrado en el artículo 1023, que trata de una garantía a favor de terceros.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El recaudador de hacienda nacional de Bucaramanga ejecuta por jurisdicción coactiva a los herederos y cónyuge de Tobías Acevedo, por la suma de $ 604.63, suma proveniente del impuesto de asignaciones hereditarias, de recargos y de multa por no haber cubierto oportunamente el impuesto y por irregularidades en el denuncio de bienes imputadas a la viuda y a varios de los herederos.

El recaudador embargó una casa en Bucaramanga. En la correspondiente diligencia de secuestro fue hallada la finca en poder de la viuda señora Ana Mantilla v. de Acevedo, quien se opuso a la consumación del secuestro manifestando que el inmueble es de su propiedad. El recaudador, ante esta oposición, aplicó el artículo 278 del Código Judicial. En tal virtud dejó el inmueble en poder de la reclamante. Después, en auto especial, abrió a pruebas el incidente de oposición, ordenando que se tramitara como articulación según el artículo 1021 del mismo código. Este auto es de fecha 17 de julio del año próximo pasado.

El 10 de agosto siguiente el recaudador profirió otro auto en que dice: "A fin de que el doctor Pedro J. Arenas entre a probar que su poderdante Ana Mantilla v. de Acevedo es persona distinta de la ejecutada, ábrese este incidente a prueba por el término de nueve días". Este auto quedó en firme, porque fueron negados los recursos de reposición y apelación interpuestos contra él (auto del 19 de agosto); además lo originó la solicitud que hiciera el doctor Arenas, apoyado en el artículo 1023, ibidem, en el sentido de que, para obtener de plano el desembargo de la casa en favor de la señora Ana Mantilla de Acevedo se le aceptara como caución para responder de los perjuicios que pudieran ocasionársele a la Nación, la fianza personal del señor Eloy Vásquez.

Vencidos los términos de prueba de los dos incidentes el recaudador los falló en auto del 13 de septiembre negándole a la mencionada señora el derecho de oponerse al secuestro de la finca embargada, así como el otorgamiento de la fianza.

Contra este auto se interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación; negado el primero, le corresponde a la Corte resolver el segundo.

Se observa que el incidente abierto con el fin de que la opositora Ana Mantilla

de Acevedo es persona distinta de la persona ejecutada que figura con el mismo nombre, fue un trámite innecesario, ya que por una parte el juicio ejecutivo no admite esa clase de incidentes, y por otra, dicha señora no se presentó a formular la oposición negando su identidad con la ejecutada.

Quien se opone al secuestro es pues uno de los ejecutados. De esto no hay siquiera lugar a discusión. Contra ese ejecutado como contra los demás se libró personalmente la ejecución, tanto por ser deudora de una multa, como por razón de la solidaridad que establece el artículo 24 de la Ley 63 de 1936, entre los asignatarios del juicio de sucesión, y que el funcionario recaudador aplicó.

Siendo pues la señora Ana Mantilla de Acevedo parte ejecutada, carece de derecho de oponerse al secuestro de los bienes embargados, derecho que la ley sólo concede a los terceros.

Con razón dice el señor Procurador delegado:

"Ahora bien, el derecho a oponerse sólo radica en cabeza de los que no sean partes y que se encuentren materialmente poseyendo el bien que se va a secuestrar. Es absurdo pretender que el ejecutado puede oponerse al secuestro, pues sólo se concede ese derecho a los terceros en defensa de las situaciones jurídicas que deben respetarse.

"Lo mismo puede decirse del derecho consagrado en el artículo 1023, que trata de una garantía a favor de terceros".

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la resolución apelada en este juicio, de fecha trece de septiembre del año próximo pasado.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LA APELACION PROPUESTA

Los Tribunales Superiores conocen privativamente y en única instancia de apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios seguidos con jurisdicción coactiva, pero de una cuantía inferior a quinientos pesos ($ 500.00); la Sala de Negocios Generales de la Corte de esta suma en adelante.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado).

La Administración de Hacienda Nacional del Cauca liquidó el impuesto sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones en la sucesión de David Dorado, y con base en esa liquidación libró mandamiento ejecutivo contra la cónyuge sobreviviente, señora Delfina Perafán viuda de Dorado, por el monto del impuesto respectivo que es de treinta y un pesos con cuarenta y seis centavos ($ 31.46) moneda legal.

La parte ejecutada propuso la excepción de prescripción, y de este incidente entró a conocer el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. Por sentencia de dicho Tribunal se declaró no probada la excepción propuesta. Apelada dicha sentencia, se remitió este negocio a la Sala de Negocios Generales de la Corte para que decida el recurso interpuesto.

A este respecto conviene recordar, una vez más, que la Corte ha sentado la doctrina siguiente: "Así como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, conoce en única instancia de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, mayores de quinientos pesos ($ 500.00), los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en su Sala Civil, conocen también privativamente y en única instancia de las apelaciones e incidentes en negocios de la misma naturaleza, pero de una cuantía inferior a quinientos pesos ($ 500.00). (Gaceta Judicial números 1929 y 1943).

Por consiguiente, 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 carece de competencia para conocer de la apelación interpuesta por el ejecutado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase para los fines consiguientes.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta, Manuel Pineda Garrido, Srio en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN INCIDENTE DE EXCEPCIONES

De conformidad con el Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936, artículo 10, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce de las apelaciones, de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva contra los deudores del Fisco Nacional, pero solamente cuando la cuantía del negocio es de quinientos pesos o más.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado).

El Recaudador de Hacienda Nacional de Apía reconoció a favor de la Nación y a cargo del señor Lisandro Peláez la cantidad de treinta y seis pesos moneda legal ($ 36.00) por concepto de impuestos; y con base en dicho reconocimiento libró mandamiento ejecutivo contra el señor Peláez.

El ejecutado propuso varias excepciones, lo que motivó el envío del asunto a esta Sala para que decida sobre el incidente propuesto. De conformidad con el artículo 10 del Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce de las apelaciones, de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva contra los deudores del Tesoro Nacional, pero solamente cuando la cuantía del negocio es de quinientos pesos o más.

Por razón de la cuantía del negocio en cuestión, esta Sala no es competente para entrar a conocer de él.

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, declara que carece de competencia para conocer de las excepciones propuestas y dispone que se devuelva el expediente al funcionario ejecutor para los fines legales.

Notifíquese y cúmplase.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN INCIDENTE DE ACUMULACION DE AUTOS

El artículo 11 del Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936 dispone que sean desatados por los funcionarios ejecutores, los incidentes que se promuevan en los juicios por jurisdicción coactiva que se sigan para exigir el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional. Entre estos incidentes está comprendido el de acumulación de autos. La competencia de la Corte está limitada a las apelaciones que se promuevan en tales incidentes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado).

El Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá remitió a esta Sala un proceso civil que la Nación sigue contra la sociedad denominada "Colombia Mining Exploration Company, Ltd." para que resolviera sobre un incidente de acumulación de autos; dicho incidente proviene de varios juicios que por jurisdicción coactiva se siguen contra la citada sociedad por concepto de impuestos adeudados al Erario Nacional.

El artículo 11 del Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936 dispone que sean desatados por los funcionarios ejecutores los incidentes que se promuevan en los juicios por jurisdicción coactiva que se sigan para exigir el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional. Entre estos incidentes está comprendido el de acumulación de autos. La competencia de la Corte está limitada a las apelaciones que se promuevan en tales incidentes.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara que carece de competencia para decidir sobre la acumulación propuesta, y resuelve que se devuelva el expediente a la entidad de su procedencia.

Notifíquese, desanótese y cúmplase.

Juan A. Donado V. — Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES — ALCANCE DEDUCIDO POR TANTEO — RENDICION DE CUENTAS DE LOS EMPLEADOS DE MANEJO

1. El alcance deducido por tanteo está autorizado por el artículo 418 del Código Fiscal. — 2. La ley exigo la rendición de cuentas al responsable del manejo de dineros ajenos, sobre quien pesa la obligación respectiva ya que por la naturaleza misma de las cosas es el único que está en capacidad de justificar las inversiones de aquellos dineros. Por lo mismo que la obligación del fiador es accesoria, al constituírse como tál de antemano se somete a las resultas de los manejos del fiado en relación con las sumas que reciba o recaude, debido a que las actividades de éste son personales, de forma que es a él a quien únicamente corresponde dar cuenta de esas actividades. De ahí que la ley fiscal sólo llame a rendir cuentas a los empleados responsables del manejo de dineros públicos. Excepcionalmente llama al fiador (artículos 416 del C. Fiscal), cuando el empleado se niega, no obstante los apremios legales, a rendir la cuenta. — 3. Solamente en caso de muerte del responsable las notificaciones se entienden con sus herederos, albaceas o fiadores (artículo 390, C. P.) — 4. Al juicio ejecutivo no le es aplicable la disposición general del artículo 343 del C. J., pues en él deben proponerse las excepciones de una sola vez y éstas han de consistir en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. (Artículos 1025 y 328, C. J.)

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, treinta de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arutro Tapias Pilonieta).

El juzgado departamental de ejecuciones fiscales de Cundinamarca adelanta juicio ejecutivo contra Senén Santos y su fiador Pedro P. Guzmán por jurisdicción coactiva. Proviene del alcance definitivo de $ 1,067.74 deducido contra el primero por la contraloría general del departamento por razón de las cuentas de la tesorería del acueducto municipal de la población de Anolaima correspondientes a los meses de junio a diciembre del año de 1924.

Dentro de este juicio el fiador ejecutado señor Guzmán propuso excepciones, que fueron falladas por el tribunal superior de Bogotá en sentencia del 25 de septiembre del año pasado, desfavorable al excepcionante, por cuanto sus defensas fueron denegadas y por ende el juicio debe seguir adelante.

Contra este fallo apeló el señor Guzmán. Correspóndele ahora a la Corte decidir, para lo cual se oyó el concepto del señor Procurador delegado en lo civil, quien estima que el fallo del tribunal debe confirmarse.

Bajo las denominaciones de "error de cuenta" y "petición antes de tiempo y de un modo indebido" alega el ejecutado Guzmán en su defensa los hechos que a continuación serán materia de examen.

I. "El alcance se dedujo por tanteo por

no haber rendido oportunamente el responsable señor Senén Santos las cuentas respectivas y en él incluyen sumas de dinero que dicho señor empleó en la construcción y establecimiento del acueducto del corregimiento de la Florida del municipio de Anolaima, destinadas al efecto en el presupuesto de dicho municipio".

La Corte considera:

El alcance contra el señor Santos está deducido así: El visitador de la contraloría departamental encontró que en los presupuestos de rentas y gastos del municipio de Anolaima correspondientes a los años de 1928 a 1934 venía figurando en el capítulo de créditos activos un renglón por la cantidad de $ 1.051.00 por alcance deducido al señor Senén Santos como tesorero del acueducto. En atención a que ni en la personería ni en el concejo se obtuvieron datos precisos sobre el punto, ni se encontró la constancia de si se habían rendido o no las cuentas correspondientes a los meses de junio a diciembre de 1924, cuentas que en ese tiempo se rendían al concejo municipal y de allí al tribunal de cuentas, el visitador procedió a tomar las anotaciones del caso del libro de caja y del de imputaciones de la tesorería municipal para establecer qué sumas de dinero se dieron allí al administrador del acueducto, lo que se hizo con respecto a los doce meses del año de 1924, habiéndose obtenido el siguiente resultado: durante los meses de enero a mayo de 1924, mes hasta el cual existe la cuenta de la tesorería del acueducto, llevada por Senén Santos, nada recibió éste por razón de auxilio del municipio para el acueducto; pero de junio en adelante recibió por auxilios $ 500; por pago de servicio de agua a los contribuyentes en los meses de agosto a diciembre $ 399.75. El dato de lo recibido por el mismo concepto en los meses de junio y julio no se encontró, pues el libro respectivo sólo principia con fecha 1º de agosto. Basado en estos datos la contraloría concluyó que el señor Santos no había comprobado el movimiento ni la inversión de los caudales públicos que manejó en los meses de junio a diciembre de 1924, en su carácter de tesorero del acueducto municipal de Anolaima, y en consecuencia dispuso que se abriera contra dicho señor juicio de cuentas "para que responda de las siguientes cantidades de dinero que recibió, y de las cuales no rindió cuentas:

"Saldo de la cuenta de mayo de 1924. . . . . .$	8.09
"Valor del auxilio pagado por el municipio.	500.00
"Producto del servicio de agua en los meses de agosto a diciembre de 1924. . .	399.75
"Proporción que corresponde por el mismo servicio en los meses de junio a julio de 1924, establecida sobre la suma de $ 399.75 producto del servicio de agua en los últimos cinco meses de dicho año.	158.90
Total . . . . . .$	1.067.74"

Como transcurrió el tiempo y el señor Santos se limitó a decir que las cuentas ya las había rendido, la contraloría, en auto de 30 de julio de 1936, dedujo el alcance correspondiente por el total expresado.

De lo anterior se deduce que al señor Santos se le pidieron cuentas por dineros que está comprobado recibió del municipio de Anolaima en su carácter de administrador del acueducto de dicha población. Solamente la partida de $ 158.90 correspondiente al producto del servicio de agua pagado por los suscriptores en los meses de junio y julio de 1924 está formada por tanteo. Las demás partidas son sumas determinadas que recibió el administrador. Y en cuanto a la primera, formada por tanteo, el procedimiento está autorizado por el artículo 418 del código fiscal. Las bases en que se apoya son firmes, como quiera que se conoce el dato de lo recaudado por el mis-

mo servicio en los cinco meses siguientes del año, de manera que lo indicado era, como lo practicó la contraloría, aplicar la misma proporción mensual del recaudo conocido.

Durante el término de prueba del incidente, el excepcionante allegó al juicio varios testimonios que dan cuenta de que el señor Santos en los meses de junio a diciembre de 1924 construyó por cuenta y con dineros del municipio de Anolaima el acueducto del corregimiento de La Florida, en desarrollo de sus funciones de administrador del acueducto municipal. Además hizo practicar una inspección ocular para examinar aquella obra, cuyo costo, según el dictamen pericial, pasa de $ 2,000.

Empero este esfuerzo probatorio es insuficiente para descargar al señor Santos del alcance que se le cobra. El avalúo de la obra en ningún caso exonera al responsable de rendir cuentas de las inversiones, porque ésta es una obligación impuesta por la ley a los empleados públicos de manejo. El avalúo es un criterio de estimación. Las cuentas en cambio muestran la realidad misma del gasto. El avalúo por su naturaleza va encaminado a establecer no el costo efectivo de la obra, sino su valor actual: éste puede ser inferior o superior al costo, porque depende también de la intervención de otros elementos, como valorización, o depreció, relación con obras similares, solidez, buena presentación, etc.

De consiguiente, la circunstancia de que el acueducto le costara al municipio una cantidad mucho mayor de la que representa el alcance deducido contra el señor Santos, en manera alguna excusaba el que éste omitiera presentar los comprobantes del modo como invirtió el dinero de ese alcance.

II. El segundo hecho exceptivo hácelo consistir el ejecutado Guzmán en que la deducción por tanteo del alcance llevóse a efecto sin citar al fiador, para que éste pudiera rendir las cuentas, ya que el deudor principal no las había rendido; y en que el juicio de cuentas se surtió con prescindencia del fiador, a quien no se le hizo ninguna notificación, de manera que se le privó del derecho de aducir pruebas que desvirtuaran el alcance.

Se considera:

La ley exige la rendición de cuentas, al responsable del manejo de dineros ajenos, sobre quien pesa la obligación respectiva ya que por la naturaleza misma de las cosas es el único que está en capacidad de justificar las inversiones de aquellos dineros. Por lo mismo que la obligación del fiador es accesoria, al constituírse como tal de antemano se somete a las resultas de los manejos del fiado en relación con las sumas que reciba o recaude, debido a que las actividades de éste son personales, de forma que es él a quien únicamente corresponde dar cuenta de esas actividades.

De ahí que la ley fiscal sólo llame a rendir cuentas a los empleados responsables del manejo de dineros públicos. Excepcionalmente llama al fiador (art. 416 del C. Fiscal), cuando el empleado se deniega, no obstante los apremios legales, a rendir la cuenta. Pero ese no es el caso del señor Santos, quien dentro del término que le concedió la contraloría departamental para justificar la inversión de los $ 1.067.74, presentó un memorial de descargos desnudo de toda comprobación. El responsable estuvo así presente en el juicio que se le abrió para justificarse; no se justificó, luego no había lugar a llamar al fiador, quien tiene derecho a intervenir excepcionalmente cuando el fiado nada contesta a los requerimientos del funcionario encargado de examinar sus cuentas, de manera que en su ausencia hay que darle al fiador la oportunidad de reemplazar en el juicio al fiado.

III. En tercer lugar alega el excepcionante que el auto por el cual se le dedujo el alcance al señor Santos dejó de notificársele a él como fiador.

Se considera:

Tampoco prospera esta excepción. Por lo mismo que el fiador no era parte obligatoria en el juicio de cuentas no había razón para notificarle autos de este jui-

cio. Solamente en caso de muerte del responsable las notificaciones se entienden con sus herederos, albaceas o fiadores (art. 390 ibidem).

En el alegato presentado ante la Corte por el apoderado del excepcionante con el fin de sustentar el recurso, su autor propone además las excepciones de **prescripción** y **limitación de la finza**, pidiendo que como se hallan justificados los hechos en que ellas se fundan, se declaren, conforme lo dispone el artículo 343 del C. Judicial.

Pero esta pretensión es inadmisible, porque el artículo 343 es inaplicable en el incidente de excepciones del juicio ejecutivo, que tiene una reglamentación especial. El deudor, según el artículo 1025 del C. J. sólo puede proponer en el juicio ejecutivo excepciones por una sola vez, y éstas han de consistir en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió (art. 328, ibidem). De manera que el ejecutado debe proponer de una vez, en el memorial de excepciones, todos los hechos exceptivos que crea tener a su favor; más tarde, serán extemporáneos y por ende inadmisibles.

Esta Sala en sentencia de fecha 26 de marzo de 1936, Gaceta Judicial, tomo 43, página 481, sentó ya la misma jurisprudencia diciendo entre otras cosas: "Mientras en el juicio ordinario, aunque no se hayan propuesto ni alegado excepciones perentorias, el Juez debe reconocerlas siempre que encuentre comprobados los hechos que las constituyen, a menos que sea obligatorio alegarlas o proponerlas, como pasa con la de prescripción, según el artículo 343 del C. J., en el juicio ejecutivo, que es de naturaleza especial, no puede suceder esto, porque la eficacia de la excepción dependerá de la oportunidad en que se haya propuesto y de los hechos en que se apoye y hasta de la forma en que se presente, sin que el juzgador pueda, de oficio, declarar ninguna excepción, pues a este juicio no le es aplicable la disposición general del artículo 343 mencionado, ya que la materia de las excepciones en él está íntegramente reglamentada en las disposiciones especiales que lo rigen".

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia apelada proferida en este juicio con fecha 25 de septiembre postrero.

No hay costas en la apelación.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Antonio Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.—DENUNCIA DEL PLEITO.

1.—La denuncia del pleito no es un incidente, como se deduce del artículo 391 del C. J. No siendo un incidente no ha podido quedar comprendida dentro de la enumeración restrictiva del art. 1228, y por tanto, desde el 1º de enero de 1932, fecha en que empezó a regir la Ley 105 de 1931, vino a quedar subordinada, a lo estatuído en el nuevo estatuto procedimental, salvo los términos que hubieran principiado a correr.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Samuel Pinedo, obrando como cesionario de Oscar de Castro en el presente juicio de oposición a la adjudicación de unos baldíos propuesta por la United Fruit Co., solicitó en memorial de fecha 30 de julio de 1938, del Tribunal Superior de Santa Marta, que decretase la caducidad de la instancia, por razón de haberse cumplido los presupuestos procesales que para tal efecto exige el Código Judicial.

El Tribunal, en obediencia a lo preceptuado en el artículo 364 del C. J., pidió de la Secretaría el informe pertinente, que dice: "Señor Magistrado: De conformidad con su auto de fecha 13 del mes en curso, doy a usted el siguiente informe: Con fecha 2 de junio de 1924, se dictó un auto (fl. 106 v.), que no se notificó al señor José Angel Miranda, por la razón de haber muerto (fl. 119 v.). De este auto fueron notificados los señores Gerente de la United Fruit Co. y Samuel Pinedo y el señor Agente del Ministerio Público. Luégo con fecha 9 de julio de 1936, se dictó otro auto (fls. 125 v. y 126), del cual sólo fueron notificados los señores Gerente de la United Fruit Co. y el señor Oscar de Castro, mas no el señor Samuel Pinedo. En este auto se dispone que este negocio se archivara, lo que así se hizo. Después el señor Samuel Pinedo en memorial de fecha 30 de julio próximo pasado, solicitó se decretara la caducidad de la instancia, lo cual está para resolverse. Por lo dicho, pues, anteriormente, informo a usted que el actor no ha hecho gestión alguna, por escrito, durante el término a que se refiere el art. 364 del C. J. Santa Marta, octubre 22 de 1938.—**Mario Noguera**, Secretario".

En auto de fecha 7 de diciembre de 1938, que ha venido en apelación interpuesta por la parte demandada ante la Corte, el Tribunal no accedió al pedimento de Pinedo, y por tanto, se abstuvo de decretar la caducidad de la instancia.

Como fundamento de su auto, el Tribunal expone:

"...Al Tribunal se le presenta esta situación: No admite la menor duda que el juicio de que aquí se trata, ha estado suspendido por ministerio de la ley en virtud de la denuncia admitida y no notificada al denunciado; y es inobjetable, asimismo, que esa suspensión, conforme a las disposiciones vigentes cuando se introdujo y se admitió la denuncia, podía ser indefinida si no se notificaba al denunciado, puesto que el término previsto en aquellas disposiciones para la continuación del juicio, partía de la notificación del auto sobre denuncia. De modo que, en esas condiciones, suspendido el juicio por ministerio de la ley, el Tribunal no estima aplicable a ese caso lo relacionado con la caducidad, porque resul-

taría incongruente, por no decir absurdo, que la suspensión de un juicio, ordenada por la ley misma, traiga como consecuencia la pena civil de la caducidad a la parte que no ha tenido culpa alguna en esa suspensión.

"Precisamente para evitar que ocurra lo que en este juicio ha sucedido, el nuevo Código Judicial llenó el vacío con la siguiente disposición: "El término de suspensión del juicio por la denuncia o denuncias, no puede pasar de tres meses, sin perjuicio de que siempre se lleve a efecto la citación del denunciado o denunciados". (Artículo 328, inc. 3º, C. J.). De modo que aquí sí se le pone término a la suspensión del juicio, precisamente para que éste no quede paralizado indefinidamente, si al denunciado no se le notifica. Pero este artículo desgraciadamente no es aplicable al caso en estudio, porque, conforme al artículo 1228 del C. aludido, sus disposiciones se aplican a los juicios pendientes...", pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías o incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, y se promovió la tercería o el incidente" (subraya el Tribunal). La denuncia del pleito, un incidente del juicio en estudio, debe regirse, pues, por los artículos de la Ley 105 de 1890 mencionados arriba, uno de los cuales, el 149 no fija término a la suspensión.

Para resolver, se considera:

Como lo expone con sobra de razón el señor Procurador Delegado, la denuncia del pleito no es un incidente, ya que no encaja dentro de los elementos contenidos en el artículo 391 del C. J.: "Son incidentes las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio y que requieren una decisión especial. Este fallo, en algunos casos, pone término al juicio".

Otras consideraciones que inclinan a la Sala a no considerar la denuncia del pleito como un incidente, son estas: Los incidentes son susceptibles de ser tramitados bien a manera de articulación, cuando la ley así lo dispone, o conforme a reglas especiales cuando se trata de la acumulación de autos, competencias, allanamientos, impedimentos y recusaciones, nulidades y desistimiento. Estos son los solos incidentes para los cuales se ha determinado una tramitación exclusiva. Los demás obedecerán a lo dispuesto para las articulaciones. Todos aquéllos están ubicados en el Código dentro del Título XII, cuyo nombre es precisamente el de Incidentes. Ahora bien, la denuncia del pleito, se halla colocada en el Título III, Capítulo II, cuyo nombre es el de Demandante y Demandado, y no se tramita como articulación.

No siendo la denuncia del pleito un incidente, no ha podido quedar comprendida dentro de la enumeración restrictiva del artículo 1228, y por tanto, desde el 1º de enero de 1932, fecha en que empezó a regir la Ley 105 de 1931 vino a quedar subordinada a lo estatuído en el nuevo estatuto procedimental, salvo los términos que hubieren principiado a correr.

La argumentación del Tribunal se quiebra al considerar equivocadamente que en esta materia de la denuncia del pleito continuaba vigente la ley procedimental anterior conforme a la hipótesis contemplada en el artículo 1228 ya citado.

La United Fruit Co., actora en este juicio, propuso la denuncia del pleito a José Angel Miranda, la cual fue aceptada por el Tribunal con fecha 2 de junio de 1924. El Tribunal, en auto de esta fecha, ordenó su notificación conforme al artículo 250 de la Ley 103 de 1923, la que, al igual que el artículo 149 de la Ley 105 de 1890, disponía que, en tanto no se hubiese verificado tal notificación personal, **debería suspenderse el curso del juicio.** La suspensión del juicio era en este caso indefinida. El 23 de junio de 1924 el Tribunal, mediante auto, comisionó al Juez del Circuito de San Juan del Córdoba para que notificase a José Angel Miranda la providencia en la cual se aceptaba la denuncia que se le hacía del plei-

to. Aquel Juez devolvió el negocio sin cumplir la comisión. Posteriormente, el 26 de noviembre de 1924, el Tribunal nuevamente comisionó al mismo Juez para que cumpliese el cometido, sin que se surtiese el requisito de la notifición. El 4 de febrero de 1928 se ordenó poner en conocimiento del demandante la muerte del denunciado José Angel Miranda, y de ahí sólo volvió a actuarse en el año de 1936, si no se tiene en cuenta el auto de reparto dictado en el año de 1935.

Por manera que, al comenzar a regir la Ley 105 de 1931, la denuncia del pleito hecha en este juicio venía a quedar sometida a sus normas. El juicio, suspenso conforme a la legislación anterior, no podía continuar en tal estado, frente al mandato categórico del artículo 238, inciso 3º: "El término de suspensión del juicio, por la denuncia o denuncias, no puede pasar de tres meses, sin perjuicio de que siempre se lleve a efecto la citación del denunciado o denunciados". Habiéndose iniciado la vigencia del nuevo C. J. el 1º de enero de 1932 y cesado la de suspensión, por la denuncia, a los tres meses, es decir, el 1º de abril de ese mismo año de 1932, el término del año, para la caducidad, en relación con providencias y diligencias habidas durante la suspensión indefinida, empezó a contarse desde el 1º de abril de 1932, por ministerio de la ley, y en virtud de haber cesado la suspensión indefinida.

Tenemos que, aplicando, como tiene que aplicarse, el artículo 364 del C. J., la caducidad de la instancia quedó operada desde el 1º de abril de 1933, es decir, al vencimiento de un año contado desde la finalización de los tres meses de suspensión por razón de la denuncia, término éste que, sustituyó a la suspensión indefinida.

El señor Procurador Delegado acepta la conclusión a que se ha llegado en el anterior aparte cuando afirma: "De suerte que la nueva situación procesal en este juicio se produjo a partir del primero de abril de dicho año (1932). Desde esa fecha en adelante recobró el actor la facultad legal de adelantar el juicio apesar de la denuncia inicial del pleito. Y si apareciere que no ejercitó esa facultad durante un año, se habrá producido la caducidad de la instancia".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma el auto del Tribunal Superior de Santa Marta, dictado en el presente juicio el día 7 de diciembre de 1938, y en su lugar decreta la caducidad de la instancia.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase.

Juan Antonio Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

NULIDAD DE LO ACTUADO

Genera nulidad de lo actuado en un juicio ejecutivo la presentación, por parte que no es legítima, de un título que tampoco trae aparejada ejecución conforme a la ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Juzgado de Rentas Intendenciales del Chocó profirió el día 10 de noviembre de 1931 el mandamiento de pago contra Gorgonio Guerrero Rojas, por la cantidad de $ 589.90, y en razón de un alcance a su cargo como Administrador subalterno del Tesoro de Istmina. Tal mandamiento le fue notificado por el Juez 2º del Circuito de Istmina, comisionado al efecto, el día 28 de enero de 1932.

El 29 de enero del mismo año, el ejecutado presentó un escrito de excepciones, que junto al expediente, fueron remitidas por el funcionario ejecutor al Tribunal Superior de Cali a fin de que aprehendiera su conocimiento. El Tribunal inició la tramitación de ellas, pero luégo, en auto de 18 de agosto de 1937, y teniendo en cuenta lo prescrito por el numeral 5º del artículo 36 del C. J., dispuso el envío de las presentes diligencias a la Corte, acompañadas de una nota remisoria fechada el 2 de septiembre de 1937.

En la Corte se tramitaron tales excepciones conforme al mandamiento legal, y llegado el momento de fallar, se han observado los siguientes hechos:

A fl. 8, C. 1º, se encuentra el auto de fenecimiento con alcance a cargo del ejecutado, que lleva número 59-h, y fecha 3 de noviembre de 1928, dictado por una entidad que toma el nombre de "Ex-Administración General del Tesoro", firmado por Ricardo Valencia A. y Simón Hurtado, en la calidad de "Ex-Administrador General del Tesoro", el primero, y de Secretario ad-hoc, el segundo. En esta providencia aparece el alcance contra Guerrero Rojas por la cantidad de $ 586.90 antes mencionada, correspondiente a la cuenta del mes de diciembre de 1926. Allí se ordena el envío de los autos al Juez de Rentas Intendenciales para que este funcionario proceda a la ejecución, lo cual así se hizo, dictándose auto de mandamiento ejecutivo el día 10 de noviembre de 1931. Aquél es, pues, el documento que ha servido de base a la ejecución.

Sobre estos hechos, se expresa así el señor Procurador Delegado:

"La irregularidad de que se viene hablando no fue alegada como excepción, y es doctrina constante de los Tribunales y de la Corte, que en juicio ejecutivo sólo pueden tenerse en cuenta por el Juzgador los hechos que expresamente haya alegado como excepciones la parte ejecutada. Sin embargo, me atrevo a pensar que en presencia de tan grave situación procesal, bien pudiera establecerse una limitación a la doctrina en referencia, pues en verdad repugna a la conciencia jurídica el que se mantega y produzca efectos un proceso sobre base tan contraria a la ley".

La Corte observa que aquellos hechos generan la causal de nulidad consistente en haberse presentado ante el Juez de

Rentas del Chocó, por parte que no era legítima, un título que tampoco traía aparejada ejecución, conforme a la ley, y haberse actuado tomando como base ese documento.

En tal virtud, 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 la nulidad de toda la actuación en el presente juicio, por los motivos expuestos en esta providencia.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan Antonio Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta. El Oficial Mayor, Luis Francisco Martínez.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION POR RAZONES DE ORDEN PROCESAL

La Corte conoce privativamente y en una sola instancia de las controversias provenientes de contratos con la Nación, promovidas ante ella de conformidad con el artículo 40 del C. J.; mas no puede avocar el conocimiento de las mismas demandas cuando han sido promovidas ante Tribunal que no es el competente. Tales demandas deben promoverse directamente ante la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. .....)

El Juzgado 2º Civil del Circuito de Bucaramanga, en auto de trece de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, decretó la nulidad de la actuación en el presente juicio desde el auto por el cual se admitió la demanda, y ordenó remitir el negocio a la Corte Suprema, Sala Civil de Unica Instancia, considerando que a ella corresponde el conocimiento, y no al Juzgado, por tratarse de un pleito seguido por un representante del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en nombre de la Nación.

Se trata, según la demanda, de que por sentencia del órgano judicial se condene a las demandadas, señoritas Filomena y Lola o Ana Dolores Vesga Blanco, a entregar real y materialmente al Ferrocarril Central del Norte, para la Nación, una zona o lote de terreno comprado por ésta a aquéllas, ubicado en el Municipio de Bucaramanga, y de una superficie de veinte hectáreas y dos mil doscientos ochenta metros cuadrados. La compraventa respectiva se hizo constar en la escritura pública número 1741 del 24 de noviembre de 1938, otorgada en la Notaría 1ª de la ciudad nombrada, y de ese instrumento se acompañó una copia al libelo.

No puede la Corte aprehender el conocimiento en la forma en que se lo propone el Juzgado, tomando como base el expediente remitido por él y actuando sobre la documentación que esa oficina tuvo a su estudio. El artículo 40 del C. J., atribuye a la Corte Suprema el conocimiento privativo y en una sola instancia de las controversias provenientes de contratos como el que se aduce. Siendo esta competencia privativa de la Corte, ante ella se deben proponer las demandas correspondientes. Además, puesta en conocimiento de las partes la causal de nulidad existente, ellas guardaron silencio, lo cual hizo que el Juzgado declarara sin valor todo lo actuado desde la admisión de la demanda. Lo que pone de manifiesto que no hay actuación ninguna válida que obligue a la Corte a tenerla en cuenta para examinar si sería procedente la prosecución del juicio ante ella.

Aunque el asunto se repartió a la Sala Civil de Unica Instancia, no es la oportunidad de que ésta actúe, y así lo declara la Sala de Negocios Generales, y dispone, en consecuencia, la devolución del expediente a la oficina de origen para los fines a que haya lugar.

Notifíquese.

Juan Antonio Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Arturo Tapias Pilonieta. Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

EXCEPCIONES.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales inició juicio ejecutivo contra José T. Riaño, como responsable en las cuentas de la Tesorería Municipal de Sasaima durante el mes de diciembre de 1935, y conforme a alcance deducido por la Contraloría de Cundinamarca, motivado en la diferencia entre el saldo de las operaciones de aquel mes y el que se relaciona en la cuenta general de Caja, de $ 61.81 y por deficiencias en el recaudo del impuesto predial que ascendieron a la cantidad de $ 4.00, lo que da un total de $ 65.81. Este saldo quedó reducido a $ 31.44, que debían reintegrarse así: $ 1,72 en la Tesorería de Sasaima, y $ 29.72 en la Tesorería General del Departamento. Por estas cantidades el Juzgado libró los mandamientos ejecutivos (fls. 52 y 53), cuya notificación e intimación fue hecha al responsable.

Ante el Tribunal Superior de Bogotá el ejecutado propuso excepciones, las que fueron tramitadas debidamente, y falladas en sentencia de fecha 29 de septiembre de 1939, que las declaró no probadas.

Por apelación interpuesta contra esta providencia, toca ahora conocer a la Corte de las mencionadas excepciones, que el actor en instancia llama de la siguiente manera: "Pleito pendiente, error de cuenta, fuerza mayor, pago de lo no debido, y demás que resulten probadas".

Las dos primeras las hace consistir en los siguientes hechos:

"La primera a que el estudio del Tribunal civil de Bogotá se hallan dos juicios, de los cuales conoció usted por las cuentas que rendí en los meses de abril y julio de 1935, igualmente como Tesorero de Sasaima, meses anteriores al diciembre de que ahora nos ocupa y del fallo que allí se dicte ha de quedar modificado lo que en éste se afirma y como este mes de diciembre es anterior debe quedar probada la **segunda excepción** (subraya la Corte). que también consiste en no haber sumado la Contraloría las partidas que mandó egresar (sic), para formar el libro de la cuenta especial de Educación Pública, la cuarta instrucción de la circular de 15 de septiembre de 1934, originaria de la misma entidad".

En el expediente no consta ni aparece probada la existencia de pleito pendiente alguno, y si acaso existiese, no sería pertinente, porque como queda visto, el mismo ejecutado afirma que esas ejecuciones se refieren a los meses de abril y junio de 1935, y como se dejó dicho, la presente trata lo concerniente al mes de diciembre de tal año.

Respecto a la segunda excepción, la hace consistir "en no haber sumado la contraloría las partidas que mandó egresar" (sic), es decir, toma como fundamento exceptivo una cuestión, que si tuviere trascendencia, no alcanzaría a tocar la base jurídica de la ejecución, limitándose únicamente a producir un error aritmético, el que tampoco ha sido demostrado.

La tercera excepción, llamada por el ejecutado de "fuerza mayor", se relaciona de la siguiente manera, que se trascribe textualmente, para no alterar la sintaxis del proponente: "En que como el tesorero venía rindiendo sus cuentas con toda regularidad en términos que

ellas le fueron fenecidas sin alcance ni cargo hasta cuando se ordena llevar la tal cuenta especial y esa circular mandaba hacer dos cosas que estaban fuera de la ley".

Según aparece en el proceso, los Tesoreros municipales tienen obligación de formar una cuenta especial de Educación Pública, conforme a la circular de la Gobernación de Cundinamarca de fecha 15 de septiembre de 1934, y en cumplimiento del artículo 39 de la Ordenanza 25 de 1913. El Tesorero no tenía porqué entrar a considerar si tal circular era contraria o no al Código Fiscal, para obrar en conformidad. Si la desobedeció y de tal hecho se produjo el alcance, el cual fue confirmado después de haber sido revisado por el Tribunal Administrativo, no puede encontrarse demostrada la fuerza mayor que, según el excepcionante, obró en su contra.

No aparece en los autos nada que justifique la excepción de "pago de lo no debido", pues en ellos no consta pago alguno verificado ni alegado por el proponente.

En tal virtud, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 29 de septiembre de 1939, proferida en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SE ORDENA DEVOLVER EL EXPEDIENTE PARA CUMPLIR UNA DISPOSICION PROCEDIMENTAL — EL ARTICULO 15 DE LA LEY 39 DE 1921 ESTA VIGENTE.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

La Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Osos dictó mandamiento ejecutivo a favor de la Nación y a cargo del señor Belisario Pérez por la suma de seiscientos pesos moneda legal ($ 600.00), por concepto de una multa impuesta por el Tribunal Superior de Medellín.

El ejecutado propuso excepciones; pero el funcionario ejecutor dejó de cumplir con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 39 de 1921, pues el negocio ha sido enviado a esta Sala sin el papel de regla, es decir, sin dos pliegos de papel sellado.

La citada disposición legal está aún en vigencia por establecerlo claramente el artículo 204 del Código Judicial.

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, dispone que sea devuelto este negocio a la oficina de su procedencia para que se le dé cumplimiento al artículo 15 ya citado.

Notifíquese, desanótese y cúmplase.

Juan A. Donado V. — **Aníbal Cardoso Gaitán**—**Arturo Tapias Pilonieta** — **Manuel Pineda Garrido**, Srio. en ppdad.

SE DECLARA EJECUTORIADO EL AUTO RECURRIDO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

Vistos: El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, presentó demanda ante este Tribunal, en nombre de la Nación contra la sociedad anónima "Magdalena Fruit Company", en la persona de su representante legal y en su condición de tenedora actual de terrenos adjudicados como baldíos al señor José Francisco Díaz Granados, para que se declare que hay exceso en la adjudicación de dichos baldíos.

El Dr. Rodrigo Linero, apoderado de la sociedad demandada, propuso la excepción de ilegitimidad de la personería del Fiscal del Tribunal y la de inepta demanda, al dársele traslado de la demanda.

El Tribunal, en Sala de Decisión, declaró no probadas las excepciones propuestas y ordenó al demandado que contestara la demanda, por auto de fecha 27 de junio de 1939. El demandado interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación; denegado el primero, se concedió la alzada para ante la Corte Suprema de Justicia.

Llegó, pues, este negocio a esta Sala para decidir sobre el recurso interpuesto; pero se observa que la parte interesada no ha cumplido con el deber de suministrar por lo menos dos hojas de papel sellado para el repartimiento dentro del término señalado por la ley.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 353 del C. J., 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 de oficio ejecutoriado el auto objeto del recurso.

Notifíquese, desanótese y devuélvase.

Juan A. Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

DESISTIMIENTO

El desistimiento no debe hacerse en forma vaga e imprecisa, general y abstracta. En caso de que así se haga no se debe tener en cuenta ese desistimiento, pues éste debe hacerse, cuando se desiste por otro, diciendo taxativamente en nombre de qué persona se hace, con citación de los poderes respectivos e indicación de la facultad de desistir.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

Los señores Francisco Andrade y José H. Andrade, y el señor Ricardo A. Pinzón, en su calidad de apoderado de la "Leonard Oil Development Company", refiriéndose a las oposiciones interpuestas en la propuesta de un contrato de explotación de petróleo hecha al Gobierno Nacional por el señor Frederick R. Ryan ante el Ministerio respectivo, presentaron personalmente un memorial de desistimiento, el cual se procede a resolver, previas las consideraciones siguientes:

El desistimiento del señor Francisco Andrade es legal, pues reúne las condiciones del artículo 461 del Código Judicial y es capaz para hacerlo en su propio nombre.

Respecto al desistimiento de la "Leonard Oil Development Company" se ve que el señor Pinzón es efectivamente apoderado de dicha empresa y su oposición aparece de autos, oportunamente interpuesta. Pero al poder del señor Pinzón se observa que no aparece claramente comprobada la facultad expresa para desistir en nombre de su poderdante, exigida por el artículo 465 —numeral 3°— del Código Judicial.

El señor José H. Andrade desiste en su propio nombre y en su propio nombre aparece la oposición ante el Ministerio respectivo: este desistimiento es legal.

El señor José H. Andrade desiste también en nombre de "todos los demás representados" por él. No es legal este desistimiento en forma vaga e imprecisa, general y abstracta. No se debe tener en cuenta dicho desistimiento, pues éste debe hacerse, cuando se desiste por otro, diciendo taxativamente en nombre de qué personas se hace, con cita de los poderes respectivos e indicación de la facultad de desistir.

Por razón 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, ADMITE el desistimiento de los señores Francisco Andrade y José H. Andrade, que en su propio nombre hacen, y RESUELVE RECHAZAR el desistimiento de la "Leonard Oil Development Company", que en su nombre hace el señor Ricardo A. Pinzón.

Notifíquese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

PETICION DE AMPLIACION DE UN DICTAMEN PERICIAL

Fijados los puntos sobre los cuales ha de recaer la peritación, el juez examinará si los peritos se atuvieron o no a las enunciaciones hechas por él, y sólo en caso negativo deberá acceder a la ampliación del dictamen pericial, o decretarla de oficio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Antonio Donado)

En el ordinario que adelantan Julio S. Cuervo y Florentina Ruiz contra la Nación sobre indemnización de perjuicios, el doctor Manuel J. Hernández, en su condición de apoderado de los demandantes, pidió al Tribunal Superior de Bogotá, que conoce en primera instancia del asunto, que por medio de peritos se avaluara el monto de los perjuicios demandados. El memorial de pruebas en el punto XVI, que es el pertinente al caso en examen, reza así:

"Que por medio de peritos, nombrados en forma legal, se avalúe el monto de los perjuicios, o la indemnización a que haya lugar, causados por la muerte trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz.

"Los peritos para fijar ese monto o cuantía deberán tener en cuenta principalmente lo siguiente: a) Todos los elementos o documentos y pruebas que figuran en autos. b) La edad, condiciones y capacidades, profesión, posición social y demás circunstancias personales del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz. c) La carrera o profesión de Ingeniero Civil a que se hubiera dedicado el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz con sus resultados pecuniarios en atención a sus capacidades, preparación, actividad, dón de gentes, simpatía, cumplimiento y demás condiciones que poseía el ingeniero Cuervo Ruiz. d) El modo como generalmente se calcula dichos perjuicios e indemnizaciones así como también los producidos o rendimientos que puede tener un ingeniero de primera categoría, como lo hubiera sido Marcos Cuervo Ruiz en el ejercicio de su profesión según las muestras que de ello había dado y estaba dándo y el hecho cierto de ser uno de los mejores estudiantes de la Facultad Nacional de Matemáticas e Ingeniería, su vocación por la profesión a que se había dedicado, que ya había terminado estudios profesionales de ingeniero civil y todos los demás elementos procedentes de la pericia y conocimiento de los expertos. e) Todos los elementos o medios de establecer el monto de los perjuicios o indemnizaciones que aporten al juicio los peritos, lo mismo que lo que sea adoptado en la práctica en casos semejantes".

"Pido al señor Magistrado se sirva decretar la práctica de las pruebas pedidas en este escrito, por estar solicitadas en tiempo y por ser todas y cada una de ellas conforme a la ley".

El Tribunal decretó la prueba en auto de dos de marzo de 1939 que dice:

"Por estar pedida en tiempo, previa citación de la parte contraria practíquese y téngase como prueba a favor de la parte que solicita, la pedida en el punto XVI del memorial de pruebas de fecha trece de febrero pasado. En consecuencia, decrétase el avalúo por medio de peritos que nombrarán las partes en forma legal, dentro de la ejecutoria de este auto, del monto de los perjuicios demandados pa-

ra cuyo avalúo tendrán en cuenta principalmente los elementos a que se refiere el punto XVI mencionado del memorial de pruebas".

Los expertos cumplieron su cometido, concretándose a lo pedido por la parte demandante y ordenado por el Tribunal en la providencia ya transcrita. Puesto en conocimiento de las partes el dictamen pericial el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior, como representante de los intereses de la Nación, pidió ampliación del referido dictamen "en el sentido, dice, de hacer la separación entre el monto de los perjuicios causados por la muerte trágica del señor Marcos Cuervo Ruiz, tal como ello resulta o debe resultar de los puntos a) y b) del expresado memorial, de la apreciación con base en los puntos restantes del mismo, separación que se impone — continúa el señor Agente del Ministerio Público — por la naturaleza de las cosas, en razón de las situaciones distintas que unos y otros elementos de juicio contemplan".

El Tribunal ordenó la ampliación pedida, pero solicitada la reposición de la providencia en que lo hizo, la repuso, disponiendo: "No se accede a decretar la ampliación del dictamen pericial solicitada por el señor Fiscal". Este proveído, que lleva veintiséis de octubre último, fue apelado por el representante de la parte demandada, y con tal motivo han subido los autos a esta superioridad, donde el recurso ha pasado por los trámites de regla.

El señor Procurador delegado en lo Civil ha dado su parecer en estos términos:

"El señor Fiscal pidió en tiempo oportuno que los peritos Mauricio Ospina Devia e Ismael Romero, quienes dictaminaron sobre el valor de los perjuicios materia de la demanda, ampliaran su dictamen en el sentido de hacer la separación entre el monto de los perjuicios causados por la muerte trágica del señor Marcos Cuervo Ruiz, tal como ello resulta o debe resultar de los puntos a) y b) del respectivo memorial, de la apreciación con base en los puntos restantes del mismo, separación que a juicio de aquel distinguido funcionario se impone por la naturaleza de las cosas, en razón de las situaciones distintas que unos y otros elementos contemplan".

"Consideró el señor Fiscal que los peritos deben dar dos dictámenes distintos: uno con base en los hechos y circunstancias expresadas en los ordinales a) y b) del respectivo memorial, y otro con fundamento en las demás circunstancias a que se refieren los ordinales c), d) y e) del mismo escrito; y que por consiguiente deben, a manera de ampliación, separar los conceptos para cada conjunto de circunstancias".

"No lo ha entendido así la Procuraduría. El sentido claro del memorial de pruebas, en lo pertinente, es que los peritos tengan en cuenta para rendir su dictamen todos los hechos y circunstancias que se expresan bajo los ordinales a), b), c), d) y e), (fl. 81, C. número 6). Es el conjunto de aquellos hechos lo que según el memorial ha de servir de base a los peritos para efectuar el avalúo de los perjuicios. Y como así fue decretada la prueba, y los peritos dicen partir de las expresadas bases, según claramente aparece de su concepto escrito (fl. 154, ibidem), no ha encontrado la Procuraduría motivo legal para impugnar la providencia apelada, en cuanto no accedió a lo pedido por el señor Fiscal".

"Por lo expuesto considero que debe confirmarse aquella providencia".

La Sala de Negocios Generales encuentra ajustadas a derecho las apreciaciones del señor Procurador delegado en lo Civil, y por ello acoge su concepto. Basta leer el dictamen pericial para formar el convencimiento de que en su exposición los expertos se concretaron a los puntos cuyo examen les fue sometido, según el auto admisorio de la prueba, auto que por tener ya el sello de la ejecutoria, no podría ser modificado. Si el señor Fiscal estimaba que no se podía decretar la prueba en la forma en que se hizo, expe-

dito le quedaba el recurso de reposición.

Por haber dejado ejecutoriar, sin reclamación alguna aquel auto, se ha creado una situación inmodificable en lo que respecta a la prueba de que se trata. Fijados los puntos sobre los cuales ha de recaer la peritación, el juez examina si los peritos se han atenido o no a las enunciaciones hechas por él, y sólo en caso negativo deberá acceder a la ampliación del dictamen pericial, o decretarla de oficio. En el caso sub-judice no ve el juzgador la necesidad de la ampliación solicitada por no advertirse ni oscuridad ni deficiencia en la exposición, la que, no importa repetirlo, se concretó a los puntos señalados por el Tribunal y consentidos por la contraparte. Como lo observa el Tribunal, la solicitud del señor Fiscal entraña una modificación de la prueba, lo cual no es admisible.

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, confirma el auto materia de la alzada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — **Aníbal Cardoso Gaitán**—**Arturo Tapias Pilonieta** — **Manuel Pineda Garrido**, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES

El ordinal 3º del artículo 333 del C. J. debe entenderse en sentido procedimental, toda vez que tal es el carácter de las excepciones dilatorias. El que la acción sea actualmente ejercitable o no, el que radique o no en cabeza del demandante al tiempo de promoverse la demanda, son cuestiones de orden sustantivo, fuera del alcance de la excepción dilatoria. Para apreciar una defensa dilatoria hay que atender, no al nombre con que se la bautice, sino al hecho que la genera. El hecho de no estar agotado el procedimiento administrativo de que habla la Ley 76 de 1920 no constituye excepción dilatoria de conformidad con el artículo 330 del C. J., pues las de esa clase están taxativamente determinadas en esa disposición legal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Antonio Donado)

En el ordinario que adelanta Flor Elisa Rodríguez contra la Nación por indemnización de perjuicios con motivo del siniestro ferroviario acaecido el día seis de abril de mil novecientos treinta y nueve, en el sitio de Pubenza, entre las estaciones de Tocaima y La Virginia, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá propuso la siguiente excepción dilatoria: "....hallándome dentro del término previsto en el artículo 330 del C. J., propongo la excepción dilatoria de inepta demanda, fundada en la causal determinada en el ordinal 3º del artículo 333 de la citada obra, es decir, por haber dado el demandante a su libelo un curso distinto del que originariamente le corresponde". "En efecto, el artículo 27 de la Ley 76 de 1920, en relación con el art. 26 del mismo estatuto especial para la indemnización de perjuicios en accidentes ferroviarios, establece la forma inicial como esa clase de indemnizaciones han de alcanzarse; sin perjuicio de que si ella no dicre al interesado el resultado apetecido, se recurra a la justicia ordinaria.

"Lo relacionado con los perjuicios que la demandante reclama no ha recibido todavía esa tramitación originaria preferente que nuestra legislación establece para esta clase de accidentes; preferencia de aplicación que da al expresado estatuto su misma especialidad, de acuerdo con la norma que sobre aplicación de la ley establece en el particular el ordinal 1º de la Ley 57 de 1887, según el cual: 'La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general'.

"Esta excepción no podría considerarse como perentoria, en armonía con el artículo 328 del Código Judicial, porque no se opone a lo sustancial de la acción; es simplemente dilatoria, porque se refiere 'al procedimiento para suspenderlo', como allí se dice, mientras la actuación administrativa originaria preferente de que se ha hecho mérito se surte y falla. Caso de que esta primera decisión no fuere acogida por la interesada, entonces sí podría recurrir al Organo Judicial".

El Tribunal citado declaró infundada la excepción propuesta, y su determinación, que lleva fecha nueve de octubre último, fue apelada por el funcionario excepcionante. Ese el motivo por el cual se encuentra el asunto en la Corte.

El señor Procurador Delegado en lo Ci-

vil ha formulado su parecer en los siguientes términos:

"Se hace consistir la excepción en haberse dado a la demanda un curso distinto del que originariamente le corresponde, por cuanto no precedió a ella el procedimiento administrativo señalado en el artículo 27 de la Ley 76 de 1920.

"Se sostiene que tratándose de indemnización de perjuicios por accidentes ferroviarios no puede ejercitarse acción judicial con prescindencia de la acción administrativa previa que consagra el referido mandato legal.

"A juicio de la Procuraduría no hay aquí una dirección indebida de la demanda, sino una acción prematuramente ejercitada. Promovida la acción judicial de perjuicios contra el Estado, la demanda ordinaria ha tenido el curso que procesalmente le corresponde. Otra cosa es que el demandante no tenga todavía la acción civil sustantiva judicialmente ejercitada. Descúbrese entonces una petición antes de tiempo, hecho constitutivo de excepción perentoria temporal.

"El ordinal 3º del artículo 333 del Código Judicial, que consagra la excepción dilatoria de que se trata, debe entenderse en sentido procedimental, toda vez que tal es el carácter de las excepciones dilatorias. El que la acción sea actualmente ejercitable o no; el que radique o no en cabeza del demandante al tiempo de promoverse la demanda, son cuestiones de orden sustantivo, fuera del alcance de la excepción dilatoria.

"El Tribunal de la causa no lo consideró así y entró a fallar sobre el hecho en orden a la oportunidad del ejercicio de la acción. Por las razones que dejo expuestas considero que debe estimarse fuera de lugar tal decisión de fondo, y declarar, en cambio, inalegable como excepción dilatoria el hecho en tal carácter alegado por el señor Fiscal".

La Sala acoge el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil: no hay aquí dirección indebida de la demanda, puesto que la tramitación recaída al libelo es la señalada por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 739. Resulta impertinente, por tanto, invocar en apoyo de la excepción propuesta, el numeral 3º del artículo 333 ibidem. El hecho alegado no cabe en esta disposición. Tal hecho puede ser materia de una excepción perentoria y las de esta índole se consideran al fallar en definitiva.

Para apreciar una defensa dilatoria, hay que atender, no al nombre con que se le bautice, sino al hecho que la genera. En el presente caso, ese hecho es, en síntesis, no estar agotado el procedimiento administrativo que se determina en la Ley 76 de 1920, cuando se trata de indemnización de perjuicios por accidentes ferroviarios.

Constituye ese hecho a la luz de nuestro sistema procesal, una excepción dilatoria? Las de esta clase están taxativamente determinadas en el artículo 330 del C. J., y en los siguientes se precisan los casos en que tienen cabida esos medios de defensa que miran al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo.

Basta leer esos artículos para convencerse de que en ninguno se contempla el hecho apuntado. Nuestro Código Judicial, a diferencia del Código de Enjuiciamiento Civil en España, no lo incluye entre las excepciones dilatorias. Lo procedente, pues, habría sido, como lo observa el señor Procurador, declarar inadmisible como excepción dilatoria, el hecho alegado por el señor Fiscal.

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, decide reformar el auto apelado en el sentido de declarar, como en efecto se declara, inalegable como dilatoria, la excepción propuesta.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

PRUEBAS—DESGLOSE

1.—Para decretar en el proceso la admisión de una prueba no es necesaria su presencia material en el acto de pedirla; con esta condición sería imposible pedir copias, inspecciones oculares, etc., puesto que esos elementos, cuando se piden, tampoco obran todavía materialmente en el proceso. Basta pues que la prueba pedida por la sola enunciación que haga de ella el solicitante sea de las conducentes y legales para que haya obligación de decretarla. Hecho lo cual se practica. La práctica de las pruebas es su allegamiento al proceso, de conformidad con el pedimento, allegamiento que en muchos casos tiene que ser, por la naturaleza de las cosas, acto posterior al auto que las decreta.

2.—En todo desglose debe mediar la solicitud de la parte que ha presentado los documentos en una actuación, para que se le devuelvan, dejando en reemplazo de los originales copia de éstos en el respectivo expediente. El funcionario ante quien se pide el desglose resuelve si lo decreta o no, según sea procedente, y cómo lo decreta. No se ve qué inconveniente pueda existir en que el desglose se pida por conducto de otro juez, ante quien se desea presentar los documentos como prueba, ya que esa circunstancia no le arrebata la libertad al primer funcionario para decidir si decreta o no el desglose, según lo que la ley indique. Para obrar así no se requiere disposición expresa que autorice el procedimiento. La ley no es casuista. Limítase a dar normas generales, dentro de las cuales corresponde al juez definir los casos particulares, con criterio de amplitud dentro del marco de la legalidad, despejando el procedimiento, cuando de ritualidades se trate, de vanas fórmulas que no respondan a verdaderas necesidades de orden, de claridad y justicia en el juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio diez de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En el juicio ordinario que la señora Inés Rodríguez v. de Salgado adelanta contra la Nación, en el tribunal superior de Bogotá, el apoderado de la demandante formuló este pedimento de pruebas:

"a) Certificado expedido por el doctor Eduardo Forero Mariño el 17 de octubre de 1938.

"b) Certificado del señor Síndico del Hospital de San José, número 97.

"c) Copia de la partida de matrimonio de los señores Honorio Salgado e Inés Rodríguez de Salgado expedida por el Párroco de Las Nieves.

"d) Copia de la fe de bautismo de Carlos Eduardo Salgado Rodríguez, expedida por el Cura Párroco de Las Nieves.

"e) Copia de la fe de bautismo del señor Honorio Salgado expedida por el Cura Párroco de La Mesa.

"f) Copia de la fe de bautismo de Clara Inés Rodríguez expedida por el señor Cura Párroco de Girardot.

"g) Certificado de defunción expedido por el Capellán del Hospital de San José.

"h) Certificado del Juez 4º de Instrucción.

"V

"Que se libre exhorto al señor Presidente del Consejo de Estado para que

previo desglose, se envíen originales al Tribunal, los documentos enumerados en el punto anterior. Dichos documentos obran en la actuación adelantada por la señora Inés Rodríguez de Sálgado y sus hijos, Carlos Eduardo y Clara Inés para obtener de la Nación el auxilio a que tienen derecho de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1938 y el correspondiente Decreto Reglamentario; en dicha actuación figuro yo como apoderado de los demandantes".

El tribunal en el auto apelado negó la solicitud. Se funda en que los documentos del punto 4º no aparecen de autos, ni fueron acompañados con el memorial; y con respecto al desglose del punto V, debe dirigirse al funcionario que conoce del juicio en donde obran los documentos que se quieren desglosar, porque el juzgador carece de autorización para pedir directamente el desglose; está así la solicitud de pruebas mal formulada.

De la misma opinión es el señor procurador delegado en lo civil.

Esta Sala no estima descaminada la solicitud de pruebas dadas las siguientes razones:

1ª Que la admisión de los documentos relacionados en el punto IV, en calidad de elementos probatorios, depende de que puedan llegar al juicio, conforme se insinúa en el punto V;

2ª Que de consiguiente el orden lógico impone resolver el segundo pedimento, antes que el primero, porque si prospera, también prosperará éste, como quiera que para decretar en el proceso la admisión de una prueba no es necesaria su presencia material en el acto de pedirla; con esta condición sería imposible pedir copias, inspecciones oculares, etc., puesto que esos elementos cuando se piden tampoco obran todavía materialmente en el proceso. Basta pues que la prueba pedida por la sola enunciación que haga de ella el solicitante sea de las conducentes y legales para que haya obligación de decretarla. Hecho lo cual se practica. La práctica de las pruebas es su allegamiento al proceso, de conformidad con el pedimento, allegamiento que en muchos casos tiene que ser, por la naturaleza de las cosas, acto posterior al proveído que las decreta.

3º Que el desglose en la forma pedida, es decir, por conducto del juez del proceso en que los documentos desglosados de otro juicio pretenden hacerse valer como pruebas, no contraría ningún principio legal ni razón de método u orden práctico. En todo desglose debe mediar la solicitud de la parte que ha presentado los documentos en una actuación, para que se le devuelvan, dejando en reemplazo de los originales copia de éstos en el respectivo expediente. El funcionario ante quien se pide el desglose resuelve si lo decreta o no, según sea procedente, y cómo lo decreta. No se ve qué inconveniente pueda existir en que el desglose se pida por conducto de otro juez, ante quien se desea presentar los documentos como prueba, ya que esa circunstancia no le arrebata la libertad al primer funcionario para decidir si decreta o no el desglose, según lo que la ley le indique. Para obrar así no se requiere disposición expresa que autorice el procedimiento. La ley no es casuista. Limítase a dar normas generales, dentro de las cuales corresponde al juez definir los casos particulares, con criterio de amplitud dentro del marco de la legalidad, despejando el procedimiento, cuando de ritualidades se trate, de vanas fórmulas que no respondan a verdaderas necesidades de orden, claridad y justicia en el juicio.

4º Que en consecuencia, pudiéndose librar el exhorto del punto V, es legal el pedimento de pruebas del punto IV.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca la última parte del auto del tribunal, de fecha 3 de agosto del año próximo pasado, y en su lugar se dispone:

Líbrese exhorto al señor presidente del Consejo de Estado para que previo desglose, si no hay inconveniente para ello, y a costa del solicitante, remita al tribunal los documentos relacionados en el punto IV del memorial respectivo, los cuales agregados al juicio se tendrán como elementos probatorios en la debida oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Antonio Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES

La excepción de pleito pendiente requiere, de conformidad con el artículo 334 del Código Judicial, que la acción debatida en las dos causas sea la misma, esto es, que el fallo en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro, porque se trate de idéntica controversia entre las mismas partes. La excepción de litispendencia sólo tiene lugar cuando la primera demanda comprende la segunda; en los demás casos podrá haber conexión de acciones; pero entonces este fenómeno produce consecuencias distintas de la de paralizar la segunda demanda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En la demanda ordinaria instaurada contra la Nación por el señor Félix Antonio Otero, para que se le indemnicen los perjuicios que se le causaron por haber promovido la Nación con anterioridad demanda contra Jenaro Torres Otero y otros, entre ellos el demandante actual, a fin de que se declaren baldíos unos terrenos excedentes de la primitiva merced constitutiva de la hacienda de "El Pilar", el fiscal del tribunal, antes de contestar la demanda, propuso las excepciones dilatorias de **pleito pendiente** e **inepta demanda.**

El tribunal superior de este distrito judicial, en auto del 8 de septiembre próximo pasado, decidió el incidente declarando infundadas las excepciones propuestas. De este auto apela el señor fiscal y del recurso debe conocer la Corte.

— I —

Hácese consistir la excepción de pleito pendiente en la circunstancia de existir y hallarse en curso un primer litigio, promovido por la Nación, el que versa precisamente sobre el dominio de las expresadas tierras de "El Pilar": "y en que es indudable que la acción de perjuicios que hoy se intenta, lleva envuelta la del dominio de todas las extensiones territoriales que asegura el actor son de su propiedad, controversia judicial que no se ha dirimido, y en la cual la Nación que excepciona es parte demandante, por lo cual se reúnen los requisitos contemplados en el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil".

El señor Procurador delegado en lo civil conceptúa ante la Corte que la excepción debe **admitirse**, a cuyo efecto razona así: "Si pues se halla sub judice en proceso distinto la pretendida propiedad del patrimonio inmueble en que se pretende lesionado el promotor de este juicio, y si aquí la disputa versa también sobre esa pretendida propiedad como elemento inseparable del daño que en ella pretenda haber sufrido el demandante, es lógico concluír que hay unidad de objeto jurídico en los dos juicios. Y como el Estado aquí excepcionante es parte en aquel otro juicio, y como también lo es Félix Antonio Otero, allá y acá pretendiente de dominio sobre una misma cosa, viene a descubrirse en el fondo la unidad de acción de dominio ejercitada en dos juicios disintos, que es precisamente el hecho generador de la excepción de pleito pendiente al tenor del artículo 334 de C. J.

Para resolver se considera:

Las alegaciones del señor Fiscal y del señor Procurador tienen apenas una fuer-

za aparente. La presente acción tiene por objeto obtener que la Nación le pague a Félix Antonio Otero los perjuicios que le ha ocasionado con la promoción del juicio de dominio anterior y de todas las diligencias preparatorias para instaurarlo. Es pues una acción estrictamente personal que presupone el hecho de que las tierras que la Nación le viene disputando a Félix Antonio Otero son de propiedad de éste. En tanto que el pleito anterior es de dominio enderezado a que se declare que todas o parte de las tierras que hoy ocupa Félix Antonio Otero no son de éste sino de la Nación en calidad de baldíos.

El objeto de los pleitos no es de consiguiente el mismo. En el primero, es decir, aquel en que la Nación es actora se discute directamente el dominio; en el segundo el dominio se discute indirectamente, en cuanto es uno de los hechos sustentatorios de la acción de perjuicios.

Lo que sí ocurre es que los dos pleitos tienen una situación común, la propiedad que cada parte alega con exclusión de la otra, pero esta circunstancia no genera la excepción de pleito pendiente, la cual requiere, de conformidad con el artículo 334 del Código Judicial que la acción debatida en las dos causas sea la misma, esto es que el fallo en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro, porque se trate de idéntica controversia entre las mismas partes.

El hecho de que en la demanda de Félix Antonio Otero contra la Nación se presuponga la propiedad particular de las tierras que Otero ocupa, está lejos de convertir la acción personal de perjuicios en acción real de dominio, pues a tal punto difiere el objeto de estas dos acciones que la de perjuicios se basa esencialmente en la existencia de daños reparables, en tanto que el fundamento de la de dominio consiste en que la propiedad haya sido adquirida por el demandante o a él trasmitida.

La excepción de litis pendencia sólo tiene lugar cuando la primera demanda comprende la segunda; en los demás casos podrá haber conexión de acciones; pero entonces este fenómeno produce consecuencias procesales distintas de la de paralizar la segunda demanda.

Fenómeno de consecuencias distintas del de generar una excepción dilatoria, es el que resulta de que se tenga que establecer en el presente juicio, si dada la disputa que hay sobre el derecho de propiedad que alega Félix Antonio, la prueba de ese derecho tenga que ser necesariamente la sentencia que se lo reconozca, en competencia con la Nación. Empero problema tal engendra una cuestión probatoria de fondo, de estudio oportuno en la sentencia, y que no puede cerrarle el camino a la iniciación de la litis sobre perjuicios.

— II —

La excepción de inepta demanda fúndase en el defecto que le apunta al libelo el excepcionante, consistente en que en él dejóse de formular expresamente la solicitud sobre declaratoria de dominio de la finca en favor del demandante Otero.

Esta excepción también carece de fundamento, dado que, como se acaba de decir, en la mente del señor Otero no estuvo la idea de ejercitar una acción de dominio, sino obtener una indemnización de perjuicios. Tal como la parte actora ha planteado el debate la petición es lógica consecuencia del derecho ejercitado.

———

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto materia de la presente apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

REVALIDACION DE PAPEL COMUN — RECURSO DE HECHO

(Artículo 351 del C. J.)

1. Las alegaciones encaminadas a demostrar que no era el caso de revalidar el papel común usado en la actuación porque el que hace tales alegaciones sí tenía papel sellado para la misma, no son pertinentes cuando se ha dejado ejecutoriar el auto en que se decide no oír a la parte que ha dejado de revalidar el papel común empleado a falta del sellado que le correspondía suministrar. Tales alegaciones habrían sido pertinentes para reclamar el referido auto. Si esta providencia se dejó ejecutoriar sin que hubiera mediado reclamación alguna, debe tenerse como una verdad procesal el no suministro del papel sellado que le correspondía a la parte ejecutada. De las consecuencias que se sigan de la ejecutoria, cúlpese a sí mismo quien pudo evitarlas haciendo valer el recurso de reposición. No debe perderse de vista que en los debates judiciales cada parte se sitúa en una posición jurídica que se empeña en sostener mediante todos los recursos procesales consagrados a la defensa de los derechos. A robustecer esa posición, a cerrar los flancos que puedan debilitarla, se enderezan todos los esfuerzos de los contendientes. Quien pudiendo usar de un recurso no lo emplea, es porque estima más ventajosa a un cliente esa actitud, y debe, por tanto, soportar los efectos de su pasividad.

---

2. Uno de los requisitos indispensables para que prospere el recurso de hecho es que se haya pedido (en tiempo, se entiende) reposición del auto que denegó el recurso (artículos 513 y 518 del C. J.) Esa formalidad no obedece a mero capricho del legislador. Se ha querido con ella que antes de acudir la parte agraviada al en cierto modo extraordinario recurso de hecho, se agoten los medios que la ley otorga para que mediante un nuevo y más detenido examen se reconsidere la providencia denegatoria de la apelación. En esa forma se satisface, por otra parte, uno de los objetivos de todo buen sistema procesal: evitar dilaciones y gastos innecesarios.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado).

En 22 de octubre de 1938 fue recibido en la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá el ejecutivo seguido por el Departamento de Cundinamarca contra la Richmond Petroleum Company por pesos, con cinco hojas de papel sellado en blanco. Con fecha 16 de noviembre de 1939 el Tribunal dictó sentencia en la que "declara infundadas las excepciones formuladas por el ejecutado en el presente juicio". Esa sentencia quedó notificada a las partes, por edicto, el 14 de diciembre de 1939; pero ya con fecha doce del mismo diciembre, el apoderado de la parte excepcionante había presentado escrito en el que manifiesta que apelaba de la referida sentencia.

Cuando la Secretaría pasó el asunto al Magistrado ponente, con el informe de que el memorial de apelación había sido presentado a tiempo, se proveyó en esta forma: "La parte ejecutada excepcionante no puede ser oída mientras no revalide el papel común empleado a falta del sellado que le correspondía suministrar. Permanezca el asunto en la Secretaría. Notifíquese. Cúmplase". Este proveído lleva fecha veintinueve de enero último; fue notificado por anotación en estado, y quedó ejecutoriado sin que la parte obligada hubiera, hasta entonces, revalidado el papel común usado en la actuación, según lo informó el Secretario. Como consecuencia de ese informe, vino el auto de 10 de febrero del corriente año que reza: "Debiendo considerarse como no interpuesto el recurso de apelación de que trata el escrito anterior, por no poder ser oído el apelante de acuerdo con el artículo 351 del Código Judicial, el Tribunal al tenor del artículo 468 de la misma obra, declara ejecutoriada la sentencia de excepciones pronunciada en este juicio con fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos tréinta y nueve".

De ese auto solicitó reposición el apoderado de la Richmond Petrolcum Company of Colombia, recurso que fue resuelto adversamente cual es de verse en providencia que lleva fecha 29 de febrero del año en curso, cuya parte resolutiva reza: "Por lo expuesto no se accede a la reposición del auto de diez de los corrientes. Por la Secretaría sáquense las copias solicitadas en subsidio, para recurrir de hecho, con las formalidades legales, y dése la certificación impetrada en cuanto fuere posible. Cópiese y notifíquese".

Con tales antecedentes y las copias expedidas, se hizo presente oportunamente, ante la Corte el apoderado de la compañía excepcionante, quien en escrito de 14 de marzo del presente año, manifestó: "Ocurro de hecho ante esa Superioridad con el fin de que se sirva conceder el recurso de apelación que interpuse oportunamente contra la sentencia de excepciones proferida en el referido juicio con fecha 16 de noviembre de 1939 por el Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá.

"Fundamento así el recurso:

"La ejecución de que se trata se promovió ante el señor Juez Departamental de Ejecuciones Fiscales; apelado el auto ejecutivo y propuestas excepciones, el expediente se remitió al Tribunal Superior de Bogotá en donde se recibió con cinco hojas de papel sellado en blanco, como consta en el recibo correspondiente que figura en las copias que acompaño.

"El 26 de noviembre de 1938, el Secretario del Tribunal extendió el auto que abrió a pruebas el incidente de excepciones en papel común, no obstante que en esa fecha sólo se había empleado una hoja de papel sellado en la nota de reparto.

"El 15 de abril de 1939, el 23 de mayo y el 1º de junio, se empleó otra hoja de papel común en dos informes secretariales y en el nuevo reparto del asunto, no obstante la existencia de cuatro sellos de papel en el expediente.

"El 5 de diciembre de 1939, se empleó otra hoja de papel común, a pesar de la referida existencia de papel suministrado por la parte actora, pues fuera de la hoja usada en el primer reparto del asunto, sólo se habían empleado en esta última fecha tres sellos más, para la sentencia de excepciones, en total cuatro de los cinco suministrados.

"Apesar de todo esto, el Tribunal, por auto de 29 de enero próximo pasado, declaró que la parte ejecutada no podía ser oída mientras no revalidara el papel común empleado a falta de sellado que le correspondía suministrar.

"Como se ve, esto constituye un error manifiesto, pues la obligación de revalidar el papel común sólo puede aplicarse a quien ha dejado de suministrarlo, pero no a todo evento cuando por cualquier circunstancia el Secretario o el mismo Juez hacen uso de papel común existiendo en el expediente papel sellado, suministrado por la parte a quien interesa la respectiva diligencia.

"Pedida la reposición del auto en que se negó la apelación, el Tribunal se limi-

ta, para negarla, a considerar que habiéndose ordenado la revalidación del papel y no habiéndose hecho en tiempo, se debía considerar el recurso como no interpuesto, sin parar mientes que no basta que se haya empleado papel común para que sea obligatorio revalidarlo y que si no ha habido renuencia de la parte en suministrar papel sellado, no es posible aplicar, en ningún caso, la sanción del art. 351 del Código Judicial.

"Además, de acuerdo con jurisprudencia de esa H. Corte, si cuando se pide la reposición del auto que deniega la apelación por no haber revalidado el papel común, ya esto se ha verificado, como ocurre en este caso, procede la revocatoria de la negativa y la concesión del recurso.

"Me fundo para interponer este recurso de hecho en los artículos 513 y siguientes del Código Judicial y acompaño las copias allí ordenadas y un certificado del señor Secretario del Tribunal, con el que compruebo que cuando se empleó papel común en la actuación existía papel sellado suministrado por el ejecutado".

Las alegaciones encaminadas a demostrar que no era el caso de revalidar el papel común usado en la actuación porque la Compañía sí tenía papel sellado para la misma, no son pertinentes en el estado actual de la litis. Bien habrían estado esas alegaciones para reclamar el auto recaído al escrito de apelación de la sentencia de excepciones, auto que, como ya se vio, decide no oír a la parte ejecutada **mientras no revalida el papel común empleado a falta de sellado que le correspondía suministrar.** (Subraya la Sala). Si esa providencia se dejó ejecutoriar sin que hubiera mediado reclamación alguna, debe tenerse como una verdad procesal el no suministro del papel sellado que le correspondía a la parte ejecutada. De las consecuencias que se sigan de la ejecutoria, cúlpese a sí mismo quien pudo evitarlas haciendo valer el recurso de reposición. No debe perderse de vista que en los debates judiciales cada parte se sitúa en una posición jurídica que se empeña en sostener mediante todos los recursos procesales consagrados a la defensa de los derechos. A robustecer esa posición, a cerrar los flancos que puedan debilitarla, se enderezan todos los esfuerzos de los contendientes. Quien pudiendo usar de un recurso no lo emplea, es porque estima más ventajosa a su cliente esa actitud, y debe, por tanto, soportar los efectos de su pasividad.

Dícese en el escrito presentado para fundamentar el recurso de hecho, que fue pedida la reposición del auto en que se negó la apelación. Esa afirmación no aparece respaldada en la actuación que se tiene a la vista. Por el contrario, resulta de ella que el auto en que se resolvió el escrito de apelación quedó —como ya se dijo— ejecutoriado sin que contra él se hubiera hecho valer ningún medio de defensa. Falta, pues, uno de los requisitos indispensables para que prospere el recurso de hecho: que se hubiera pedido reposición del auto que denegó el recurso. (Artículos 513 y 516 del Código Judicial). Esa formalidad no obedece a mero capricho del legislador. Se ha querido con ella que antes de acudir la parte agraviada al en cierto modo extraordinario recurso de hecho, se agoten los medios que la ley otorga para que mediante un nuevo y más detenido examen se reconsidere la providencia denegatoria de la apelación.

En esa forma se satisface, por otra parte, uno de los objetivos de todo buen sistema procesal: evitar dilaciones y gastos innecesarios.

Por las transcripciones que se hicieron arriba se viene en conocimiento de que el apoderado de la parte excepcionante, la reposición que pidió fue la del auto en que se declara ejecutoriada la sentencia que resolvió las excepciones, cosa distinta del auto que denegó la apelación de la sentencia.

Por lo que se deja 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 inadmisible el recurso de hecho a que se alude en esta providencia.

Hágase saber al Tribunal que denegó la apelación para los fines consiguientes.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

Juan Antonio Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES

1.—Los hechos que generan excepciones deben alegarse separadamente unos de otros. — 2.—Conforme al artículo 58 de la Ley 63 de 1936 si resultaren derechos qué liquidar en favor del fisco depués de la protocolización del expediente, su tasación y recaudo se practican por la vía administrativa, con anuencia de los interesados y sin perjuicio de que puedan hacerse inventarios y avalúos judiciales cuando hubiere lugar a ellos. — 3.—Para la efectividad de las obligaciones de una sucesión, ésta se identifica con los herederos; en su calidad de titulares del derecho de herencia, responden con el patrimonio herencial de las cargas fiscales que lo gravan. — 4.—Los hechos que generan las excepciones deben probarse.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Administración de Hacienda Nacional de Tunja inició el presente juicio ejecutivo contra la sucesión de José Angel Rohórquez, por la cantidad líquida de $ 2,629.45, más los intereses y las costas que se causen. El mandamiento de pago le fue notificado a Evangelina Cuchivanguen, en su calidad de representante de la sucesión, conforme a los artículos 24 y 62 de la Ley 63 de 1936, el día 20 de febrero de 1939; en la diligencia no se denunciaron bienes, motivo por el cual, la entidad ejecutora, en providencia de 1º de marzo de 1939, decretó el embargo, depósito y secuestro, de los que consideró suficientes para asegurar el pago.

Posteriormente, el 27 de marzo de 1939, el apoderado de Cuchivanguen, presentó un memorial de excepciones ante la Síndicatura del Impuesto de Herencias, entidad que, previa la tramitación pertinente, las ha enviado a la Corte, en obediencia a lo ordenado por el artículo 10 del Decreto 1315 de 1936.

Las excepciones han recibido el trámite legal, y llegado el momento de fallar, se considera:

Tales excepciones las llama el proponente así: Pago, inexistencia de la obligación; petición de modo indebido, inexistencia de la entidad ejecutada; nulidad de la Resolución ministerial que sirve de recaudo ejecutivo; error de cuenta, y finalmente agrega las que resulten probadas de acuerdo con una difusa narración de hechos que al efecto hace el apoderado.

En primer lugar, observa la Corte que los hechos que generan excepciones deben alegarse separadamente unos de otros, y no en la forma desordenada como se han presentado los que actualmente se consideran.

Pago. — Esta excepción la hace consistir el ejecutado en el hecho de que habiéndose tramitado en el Juzgado 3º del Circuito de Tunja el juicio sucesorio de José Angel Rohórquez, y aprobádose por el juez la liquidación del impuesto de sucesiones hecha por la Sindicatura, que ascendió a $ 1,364.44, dicha cantidad "fue consignada en la Administración de Hacienda Nacional el día 7 de julio de 1931, pago que quedó debidamente aceptado en su totalidad por el Administrador de Hacienda Nacional".

Durante el período probatorio, el proponente se abstuvo de traer la prueba del pago que, conforme lo afirma, hizo en la

Administración de Hacienda Nacional de Tunja el día 7 de julio de 1931. Pero en la Resolución base del recaudo aparece que aquel pago se hizo, pero que fue imputado a recargos ya causados por la mora, de acuerdo con el artículo 1653 del C. C., quedándose a deber el día 13 de octubre de 1938 la suma de $ 2,873.98. No procede, por tanto, esta excepción de pago, desde luego que él no canceló en su totalidad la deuda sucesoral.

Inexistencia de la obligación.—La hace consistir en que aun cuando la liquidación de los derechos del lazareto fue hecha en 1927, el pago no se efectuó sino el 7 de julio de 1931, por causa de la existencia de dos juicios sobre nulidad del testamento de José Angel Bohórquez, y que, "de acuerdo con el precepto del art. 33 de la Ley 32 de 1918, resulta que ni los herederos... ni el albacea... son culpables de no haber pagado dentro del término señalado por la ley los derechos del lazareto, y por tanto, no cabe hacerles efectiva la multa que tal disposición señala".

Refiriéndose a este punto, se expresa así el señor Procurador: "La culpa en el cumplimiento de las obligaciones civiles se presume. Y en manera alguna puede servir para destruir esa presunción el hecho de que cursaran juicios sobre nulidad del testamento del causante.. Mientras no se declarara la nulidad, el testamento conservaba toda su fuerza, y tanto el albacea como los herederos instituídos debían cumplir sus obligaciones de tales".

La Corte encuentra acertados y pertinentes los anteriores conceptos, y estima que, no puede, por tanto, prosperar la excepción de que se trata.

Petición de modo indebido. — Consiste en que conforme a los artículos 260 de la Ley 105 de 1890, 18 de la Ley 170 de 1896, y 2 de la Ley 53 de 1921, "se da a entender que si alguna cantidad por concepto de derechos de lazareto en la sucesión de José Angel Bohórquez, se hubiera quedado debiendo, el responsable es el juez que aprobó el inventario y a él debe cobrarse, y en manera alguna a los herederos del causante".

Si bien es cierto que, de acuerdo con aquellas disposiciones, recaía sobre el juez, a manera de sanción, el peso del impuesto debido si llegaba a aprobar los inventarios y avalúos de los bienes sin la debida constancia de su pago en el juicio, no lo es menos que, por ese hecho, no quedaba en manera alguna libre la sucesión del pago a que primeramente estaba obligada. La excepción no prospera.

Inexistencia de la entidad ejecutada.—Radica en que "la entidad sucesión de José Angel Bohórquez dejó de existir, desapareció la universalidad de bienes dejada por el causante en el momento de su fallecimiento. — ....Mi mandante Cuchivaguen no puede representar hoy por hoy a una entidad que no tiene existencia, que no vive, que jurídicamente es la nada".

Carece de solidez la argumentación del proponente, al estimar que por el hecho de haberse aprobado la partición, desaparecieron las obligaciones fiscales que gravaban la herencia. El artículo 58 de la Ley 63 de 1936 ordena que si resultaren derechos qué liquidar en favor del fisco después de la protocolización del expediente, su tasación y recaudo se practica por la vía administrativa, con anuencia de los interesados y sin perjuicio de que puedan hacerse inventarios y avalúos judiciales cuando hubiere lugar a ellos.

Para la efectividad de las obligaciones de una sucesión, ésta se identifica con los herederos; en su calidad de titulares del derecho de herencia, responden, con el patrimonio herencial, de las cargas fiscales que lo gravan. Es, por tanto, pertinente el mandamiento ejecutivo contra la sucesión de José Angel Bohórquez, y su intimación tuvo que hacerse a quienes resultaron interesados en ella. No aparece fundada la excepción.

Nulidad de la Resolución ministerial que sirve de recaudo ejecutivo.—Se funda así: El albaceazgo de Carlos M. Molano y los cargos de tutor y curador de

Evangelino y María Reyes Cuchivanguen expiraron desde que fue dictada sentencia aprobatoria de la partición, y, en esa virtud, la notificación que se hizo al nombrado Carlos M. Molano de la Resolución-liquidación de fecha 13 de octubre de 1938, de la Sindicatura del Lazareto, carece de valor legal, quedando por lo mismo sin efecto el recurso de apelación, por carencia de personería. Así, el Ministerio no adquirió jurisdicción para proferir la resolución de fecha 21 de diciembre de 1938, que sirve de base al recaudo ejecutivo.

No aparecen comprobados los hechos alegados como fundamento de la excepción que se considera. Y no basta, para que una excepción prospere, el mero relato de acontecimientos, sino que es preciso que los hechos que las generan, estén legalmente comprobados, pues a este fin conduce el término probatorio concedido en el incidente.

Error de cuenta.—Después de citar al tratadista español Manresa y Navarro, concluye el proponente afirmando que, en el caso de que se debieran derechos de lazareto "no pueden cobrarse de uno solo de los herederos, sino de ambos, toda vez que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Se presenta de manifiesto un error de cuenta".

La Corte observa que el error de cuenta es cosa bien diferente de lo que así denomina el proponente. No se trata, en el presente caso, de un error de cuenta.

El mandamiento ejecutivo va dirigido contra la sucesión de José Angel Bohórquez, subjetivamente considerada. Al intimársele a Avangelino Cuchivaguen, representante de la sucesión, de acuerdo con los preceptos de los artículos 24 y 62 de la Ley 63 de 1936, éste se dio por tal. Si hubiere, además de él, otros asignatarios a quienes quepa participar en las deudas fiscales de la sucesión, le queda el camino expedito para reclamarles lo que les corresponda a prorrata de las asignaciones.

Otros hechos alega el proponente como generadores de excepción: Que al serle notificada a María Reyes C. la resolución de la Sindicatura fechada el 13 de octubre de 1938, no había llegado a la mayor edad, no siendo asistida en dicho acto por su marido como curador. En los autos no aparece prueba alguna de que fuese en realidad menor de edad. También se aduce el hecho de haberse aplicado retroactivamente la Ley 63 de 1936 al hacer la liquidación de fecha 13 de octubre de 1938. Esta ley resulta aplicada pero en lo referente al procedimiento; la liquidación se hizo con arreglo a las leyes vigentes en el momento de la apertura del juicio, según consta en la misma providencia base del recaudo.

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 no probadas las excepciones propuestas en el presente juicio, ordena la devolución de él a la oficina de origen para que continúe la ejecución, y condena en costas al proponente.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES—MERITO EJECUTIVO—FIANZA

I.—Aunque el numeral 3º del artículo 1059 del C. J. se refiere exclusivamente a las resoluciones sobre multas que deban ingresar al Tesoro público, las cuales prestan mérito ejecutivo, también existe en el Código Postal y Telegráfico una disposición, que es el artículo 40, según la cual presta mérito ejecutivo la Resolución que dicte la Dirección General de Correos y Telégrafos en caso de pérdida o extravío de valores recomendados o encomiendas. 2.—El mismo artículo 40 autoriza al Ministerio para dictar resoluciones sobre responsabilidad civil en lo referente al supuesto excepitvo de la pérdida o extravío de valores recomendados o encomiendas. — 3.—Conforme al artículo 2373 del C. C. la fianza prestada por una persona para responder de las obligaciones de determinado empleado no puede hacerse extensiva a empleos distintos, pues sería tanto como presumir una declaración de voluntad que no se ha hecho, lo que contravendría expresamente a la mencionada disposición.

Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio trece de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El 20 de septiembre de 1937, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, dictó mandamiento ejecutivo contra Antonio Gutiérrez, Roberto González y Leovigildo Gutiérrez y a favor del Tesoro Nacional, por las sumas de $ 1,857.14, y $ 50,00 más los intereses de la primera cantidad a la rata del 12 por 100 anual, a contar del día 29 de julio de 1930, y las costas del juicio.

El mandamiento de pago les fue notificado por medio de un curador ad-litem el 27 de enero de 1938. Posteriormente, el 26 de agosto de 1938, se notificó personalmente el mandamiento a Leovigildo Gutiérrez, y el 20 de junio de 1939 a Ana Gutiérrez v. de González, como representante de la sucesión de Roberto González.

El apoderado de Leovigildo Gutiérrez presentó un pliego de excepciones el 1º de junio de 1939, que, enviadas por el Juzgado ejecutor, han recibido en esta Sala de la Corte la tramitación legal.

Para fallar, se considera:

Primera excepción. — La denomina el señor apoderado "incompetencia de jurisdicción o carencia de título ejecutivo" y la hace consistir en que habiendo servido de recaudo de la ejecución las Resoluciones número 189 y número 240, fechadas en 30 de junio y 19 de julio de 1930, respectivamente, proferidas por el Ministro de Correos y Telégrafos, en las que se declara responsable civilmente a Antonio Gutiérrez por la pérdida, extravío o sustracción de unas encomiendas de dinero, y no prestando tales Resoluciones mérito ejecutivo, el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales carece de jurisdicción para conocer de este negocio.

Alega el apoderado que las excepciones mencionadas a lo más prestarían mérito ejecutivo sobre los $ 50,00 de la multa, según el numeral 3º del artículo 1059 del C. J.

Evidentemente, el caso que se contempla en el numeral 3º del artículo 1059 se refiere exclusivamente a las resoluciones sobre multas que deban ingresar al Tesoro Público; pero existe también una disposición en el Código Postal y Tele-

gráfico, el artículo 40, que confiere mérito ejecutivo a la Resolución que dicte la Dirección General de Correos y Telégrafos en caso de pérdida o extravío de valores recomendados o encomiendas. No es, por tanto, válida la excepción contemplada.

Segunda excepción. — La denomina el proponente "de petición antes de tiempo o de un modo indebido" y consiste "en que siendo el citado Gutiérrez empleado nacional de manejo, la responsabilidad por la pérdida o sustracción de las encomiendas de dinero debía y debe deducirla, mediante los trámites propios del juicio fiscal de cuentas, el señor Contralor General de la República".

Razona en su favor diciendo que a partir de la vigencia de la Ley 42 de 1923, corresponde a la Contraloría General deducir la responsabilidad civil contra los responsables del erario.

En realidad, el artículo 6º de la Ley 42 de 1923, que determina la competencia del Contralor, se la otorga exclusivamente en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación.

Pero el caso que se considera es bien distinto, porque aquí no se trata de fondos o bienes de la Nación, sino de recomendados o encomiendas postales, cuya custodia y transporte no hace a los empleados respectivos depositarios de caudales públicos, puesto que aquellos valores pertenecen exclusivamente a los particulares que los confían transitoriamente a las oficinas postales.

Para este caso, rige igualmente el art. 40 del Código Postal y Telegráfico, que autoriza al Ministerio a dictar resoluciones sobre responsabilidad civil en lo referente al supuesto exceptivo de la pérdida o extravío de valores recomendados o encomiendas.

Tercera excepción. — Denominada "inexistencia de la obligación del fiador ejecutado". Consiste en que "la pérdida, extravío o sustracción de las encomiendas ocurrió cuando el responsable desempeñaba el cargo de 'Auxiliar de 1ª categoría de la Administración Principal de Correos de Bogotá' que se le confirió por Decreto número 2398 de 13 de diciembre de 1928; y la fianza contenida en la escritura pública número 834 de 14 de mayo de 1928, corrida en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, se limitó a asegurar el buen manejo en el desempeño del cargo de 'Oficial de Recibo de la Sección 5ª de la misma Administración —Recibo de Encomiendas del Interior y despacho de encomiendas para el Exterior'— para el cual fue nombrado por Decreto número 781 de 28 de abril de 1928".

En la escritura de fianza citada, se dice lo siguiente:

"....Compareció el señor Antonio Gutiérrez... y dijo que habiendo sido nombrado para ejercer el cargo de Oficial de Recibo de la Sección 5ª —Recibo de Encomiendas del interior y Despacho de encomiendas para el Exterior— de la Administración principal de correos de Bogotá, según aparece del Decreto ejecutivo número 781 de 28 de abril último, se compromete para con la Nación.... Que para garantizar el fiel cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones expresadas da como sus fiadores solidarios a los señores Roberto González y Leovigildo Gutiérrez..."

La fianza la dio Antonio Gutiérrez para garantizar el empleo que le fue conferido el 28 de abril de 1928, el de Oficial de Recibo de la Sección 5ª. Posteriormente, el 13 de diciembre de 1928, se le hizo al mismo Gutiérrez otro nombramiento, el de Auxiliar de la Sección de Encomiendas del Interior y despacho para el Exterior, cargo que desempeñó hasta el día 13 de febrero de 1930, fecha en que fue declarado insubsistente el nombramiento.

De acuerdo con el certificado que aparece en los autos (fl. 130 v.), expedido por el Jefe del Departamento de Personal del Ministerio, "el cargo de Auxiliar de la Sección de Encomiendas y el de Oficial son completamente distintos".

Si el cargo de Auxiliar era de manejo,

hubo descuido en no asegurar nuevamente, mediante fianza o cualquiera otra garantía, la responsabilidad que pesaba sobre Antonio Gutiérrez, dado que la fianza primeramente otorgada no podría hacerse extensiva a los demás empleos que el mismo fiado pudiese desempeñar en el ramo de correos.

Sobre este punto se ha pronunciado la Sala en el sentido de que, siendo la fianza una garantía accesoria, no se presume, ni puede tampoco extenderse a más de lo que en ella se expresa, según el art. 2373 del C. C. "De modo que pretender hacer extensiva la fianza prestada por el excepcionante para responder de empleos distintos, recibidos con posterioridad a su otorgamiento, sería tanto —dijo y repite la Corte— como presumir una declaración de voluntad que no se ha hecho, lo que contravendría expresamente a la mencionada disposición". (G. J. T. XLII, número 1897, pág. 84). Es fundada esta excepción, y procede, por tanto, la declaratoria de inexistencia de la obligación de los fiadores ejecutados.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación de los fiadores señores Roberto González, representado por su sucesión, y Leovigildo Gutiérrez, propuesta en este juicio, ordena cesar la ejecución y decreta el desembargo de los bienes, en lo que a ellos se refiere. El juicio continuará contra Antonio Gutiérrez.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Juan A. Donado V.— Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UNAS EXCEPCIONES EN JUICIO POR JURISDICCION COACTIVA

La Sala de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del artículo 10 del Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936, conoce de las apelaciones, de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios que por jurisdicción coactiva se sigan contra los deudores del Fisco Nacional, pero solamente cuando la cuantía del negocio es de quinientos pesos o más.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio catorce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Antonio Donado).

La Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones liquidó el impuesto de sucesiones que correspondía según ley, en el juicio de Carlos A. Acosta que cursa en el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá. Esta liquidación dio lugar a que la misma Sindicatura librara orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional, y a cargo de la sucesión mencionada, representada por Neftalí Acosta, por la suma de ciento siete pesos con cuarenta y siete centavos ($ 107.47), y contra Rafael Quiñones, hoy sus herederos Ana Clara Acosta, Carlos E. Acosta y Marco Tulio Acosta también por la suma de ciento siete pesos con cuarenta y siete centavos ($ 107.47).

El señor Rafael Madero presentó un memorial de excepciones ante la Sindicatura, en su calidad de apoderado de Neftalí Acosta, Ana Clara Acosta de Rodríguez, y de curador de los menores Carlos Eduardo y Marco Tulio Acosta en el citado juicio de sucesión. Con tal motivo se dispuso el envío del asunto a esta Sala para que decida sobre el incidente propuesto,

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del artículo 10 del Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936, conoce de las apelaciones, de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios que por jurisdicción coactiva se sigan contra los deudores del Fisco Nacional, pero solamente cuando la cuantía del negocio es de quinientos pesos o más.

Por razón de la cuantía del presente negocio, esta Sala no es competente para entrar a conocer de las excepciones propuestas. Así lo declara la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales.

Devuélvase el expediente al funcionario ejecutor para los fines legales.

Notifíquese, desanótese y cúmplase.

Juan Antonio Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

NUEVAS EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

1.—Si se aceptara nueva excepción real a uno de los fiadores y llegara ella a prosperar, se presentaría este dilema: O el fallo aprovecha a todos los ejecutados o sólo al excepcionante. Si lo primero, se desconocería en sus efectos la norma del artículo 1025 del C. J., en cuanto no se pueden proponer excepciones sino una vez, pues los ejecutados que ya hicieron uso de ese derecho tendrían, por segunda vez, un proceso exceptivo favorable. Si lo segundo, se llegaría al absurdo, violatorio del principio de contradicción, de que el ente jurídico obligación, que es materia del proceso, existía y no existía objetivamente, a un mismo tiempo. — 2.—Cuando es un fiador el ejecutado, su derecho a excepcionar se limita a aquellos medios que le son personalísimos o que, por ser inherentes a la obligación principal, tienen el carácter de reales: no le es permitido, por tanto, alegar como excepción hechos personales del deudor principal, como su incapacidad para obligarse, la cesión de sus bienes, el beneficio de competencia, etc., pues tales medios sólo pueden ser invocados por éste. (Artículo 2380 del C. C.). En cambio, y por la naturaleza misma de la obligación que el fiador contrae, puede él invocar las que nacen del hecho de haber sido colocado por el acreedor en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores. (Artículo 2381 del C. C.); o de haber caído dicho deudor en insolvencia durante el retardo en cobrar, después de reconocido por el fiador. (Art. 2382 del C. C.); o en hacer la excusión para la cual suministró oportunamente lo necesario. (Art. 2390 del C. C.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio quince de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de apoderado, la señora Concepción López v. de Varela —fiadora del deudor ejecutado— propuso, el 22 de septiembre de 1939, ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, las excepciones de "carencia de causa para cobrar por no haber nacido aún la obligación" y la de "petición antes de tiempo", en el presente juicio ejecutivo que se adelanta contra Miguel A. Uribe, como responsable de un alcance por la suma de $ 1,323.28.

Con anterioridad, el mismo ejecutado Miguel A. Uribe había ya propuesto ante la misma entidad las excepciones de "inexistencia de la obligación" e "inexistencia o insuficiencia del título ejecutivo", que fueron falladas desfavorablemente para el proponente por esta Sala en sentencia de fecha 30 de junio de 1939.

Surtido el traslado de las nuevas excepciones al señor Procurador, ha solicitado, en alegato fechado el 21 de mayo de 1940, que se las declare improcedentes, fundado en el hecho de haber adquirido la obligación principal consistencia definitiva en el proceso, por razón del fallo de la Corte antes citado, quedando los accesorios de ella, fianzas, hipotecas, etc., en la misma situación jurídico procesal.

Las excepciones propuestas por la señora de Varela se encaminan a desconocer la existencia objetiva de la obligación principal, y no afectan la existencia de la garantía accesoria.

"Si se aceptara nueva excepción real a

uno de los fiadores, y llegara ella a prosperar, dice el señor Procurador, se presentaría este dilema: O el fallo aprovecha a todos los ejecutados, o sólo al excepcionante. Si lo primero, se desconocería en sus efectos la norma consignada en el artículo 1025 del C. J., en cuanto no se pueden proponer excepciones sino una sola vez, pues los ejecutados que ya hicieron uso de ese derecho con resultado adverso, tendrían, por segunda vez, un proceso exceptivo favorable. Si lo segundo, se llegaría al absurdo, violatorio del principio de contradicción, de que el ente jurídico obligación, que es materia del proceso, existía y no existía, objetivamente, a un mismo tiempo".

La Corte acoge, por hallarlos ajustados a la técnica jurídica, los anteriores conceptos del señor Procurador, y observa, además, que según las reglas generales, cuando es un fiador el ejecutado, su derecho a excepcionar se limita a aquellos medios que le son personalísimos, o que, por ser inherentes a la obligación principal, tienen el carácter de reales; no le es permitido, por tanto, alegar como excepción, hechos personales del deudor principal, como su incapacidad para obligarse, la cesión de sus bienes, el beneficio de competencia, etc., pues tales medios sólo pueden ser invocados por éste. (Art. 2380 del C. C.); en cambio, y por la naturaleza misma de la obligación, que el fiador contrae, puede él invocar las que nacen del hecho de haber sido colocado por el acreedor en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores (artículo 2381 del C. C.); o de haber caído dicho deudor en insolvencia durante el retardo en cobrar, después de reconocido por el fiador (artículo 2382 del C. C.); o en hacer la excusión para la cual suministró oportunamente lo necesario (artículo 2390 del C. C.).

En el caso de autos no se está en ninguna de esas hipótesis, y no prospera el incidente exceptivo propuesto, porque se contravendría la norma del artículo 1025 del C. J., que prohibe la repetición del incidente de excepciones dentro de un mismo juicio ejecutivo.

El señor apoderado de la excepcionante aduce en favor de sus pretensiones algunos argumentos de carácter general, que no tocan precisamente el caso en estudio. No puede afirmarse fundadamente en este juicio que a la fiadora, señora de Varela, se le nieguen los medios de defensa a que tiene derecho con violación de las normas constitucionales a que alude el señor apoderado. A fl. 37 del cuaderno principal aparece la notificación a aquélla del mandamiento ejecutivo, el día 2 de junio de 1931. Si en la prosecución del negocio en que se decidió de las excepciones propuestas por el ejecutado no intervino la fiadora, como pudo hacerlo; presentando otras excepciones o coadyuvando las propuestas, debió ser porque no lo consideró necesario, y en todo caso sí tuvo expedita la vía para su defensa, con idéntica amplitud a la de que gozó el ejecutado.

Por las consideraciones que preceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara improcedentes las nuevas excepciones propuestas en el presente juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan Antonio Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales - junio diez y siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El recaudador de hacienda nacional de la ciudad de Vélez (Santander) libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de los herederos de la señorita Rosa o Rosalvira Téllez por la suma de $ 1,434.00, recargos y costas, por razón del impuesto de asignaciones hereditarias.

El apoderado de la parte ejecutada propuso en tiempo la excepción perentoria de "error de cuenta". Corresponde por lo tanto a la Corte entrar a resolver el incidente, agotada como está la tramitación de rigor.

Para sustentar su defensa el excepcionante adujo los siguientes hechos que la Sala extracta en lo esencial:

a) que en el acta de la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el juicio de sucesión de la señorita Rosa o Rosalvina Téllez, se dejó constancia por el denunciante de los bienes de que la causante señorita Téllez había cedido el 40 por 100 del precio de la venta del título "Grancurí y Opón", y a que se refiere el crédito activo anotado en dicha diligencia a la partida 1ª; y

b) que en la liquidación del impuesto de sucesiones no se tuvo en cuenta aquella constancia del inventario, liquidándose dicho gravamen, entre otros bienes, sobre la totalidad del crédito en referencia.

De acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, la Corte también considera que la excepción propuesta debe prosperar.

En efecto, durante el término probatorio del incidente el excepcionante acreditó plenamente tanto la cesión que hizo la causante al doctor Rafael Téllez (escritura número 450 del 8 de diciembre de 1919, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Vélez), como la siguiente constancia que dejó el denunciante de los bienes en el acta de la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el juicio de sucesión de la señorita Rosa Téllez:

"El denunciante en este acto deja constancia de que la causante, señorita Rosa A. Téllez, cedió a favor del doctor Rafael Téllez, una cuota parte equivalente al cuarenta por ciento del valor del crédito activo inventariado bajo la partida 1ª de esta diligencia, según escritura pública cuyo número, fecha y notaría en que fue otorgada se citará posteriormente".

Es evidente, pues, que la liquidación que sirve de base al recaudo ejecutivo se hizo con fundamento en que el crédito referido pertenecía en su totalidad a la sucesión de la señorita Téllez, lo que está en franca contradicción con las constancias de autos.

Por lo tanto, la Corte considera que está plenamente justificado el hecho ex-

ceptivo que adujo en su defensa el excepcionante.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria propuesta; excepción basada en el hecho de que la liquidación del impuesto se hizo sobre la base de un error por exceso en el cómputo del acervo líquido gravable. La oficina recaudadora respectiva al hacer la nueva liquidación deducirá previamente el 40 por 100 del valor del crédito activo a que se refiere la partida 1ª de los inventarios.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan Antonio Donado — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SE CONFIRMA EL AUTO EJECUTIVO APELADO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — junio diez y siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El juzgado de rentas nacionales de Cali libró mandamiento de pago contra la empresa denominada "Expreso Tobón", por la suma de $ 1,037.66. Esta ejecución fue notificada al señor Pablo E. Tobón en su calidad de representante y propietario de dicha empresa. El señor Tobón apeló del auto ejecutivo y por ello corresponde a la Corte revisarlo.

El administrador de hacienda nacional de Cali, sobre la base del acta de visita practicada en las oficinas de la empresa denominada "Expreso Tobón", dictó la resolución número 49 de fecha 20 de octubre de 1937, imponiendo por medio de ella una multa de $ 5,790.92 a la mencionada empresa por infracción a varias disposiciones del decreto legislativo número 92 de 1932.

La aludida resolución fue notificada al señor Tobón en calidad de dueño de la empresa multada, quien apeló de la multa ante el señor ministro de hacienda y crédito público.

El ministerio en el recurso de apelación reformó la resolución del inferior rebajando la multa a la cantidad de $ 1,037.66.

Estas resoluciones son la base del mandamiento de pago. Por medio de ellas se señala como responsable del fraude de un impuesto a la entidad comercial que responde al nombre de "Expreso Tobón", de la cual afirman que es dueño y director el señor Pablo E. Tobón, con quien se entendieron todas las diligencias administrativas, y quien además aceptó expresamente durante ellas el carácter que le dieron las resoluciones, pues se llama a sí mismo propietario del Expreso Tobón.

De acuerdo con esto, el nombre de Expreso Tobón no es más que la designación de que el señor Pablo E. Tobón se vale para distinguir su negocio ante el público; es la marca de su empresa, la cual en la vida jurídica no responde a ninguna persona distinta de la persona que la emplea. De consiguiente, el propietario es el directamente responsable de la sanción administrativa, y así debe entenderse sindicado en las respectivas resoluciones y por ende, en el auto ejecutivo.

Toda afirmación en contrario, encaminada a socavar la mencionada base de las resoluciones administrativas y a sostener que el Expreso Tobón es persona jurídica distinta de la persona natural de Pablo E. Tobón, equivale a plantear una excepción que debe probarse, demostrando la existencia de aquella persona, y por lo tanto que el supuesto de que parten las resoluciones, aceptado por el señor Tobón, de que él es apenas simple dueño de la empresa, va contra la realidad. En este punto de vista está de acuerdo la Sala con el señor procurador delegado.

Mientras eso no se haga el mandamiento de pago se mantiene firme.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto ejecutivo apelado, materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES—PRESCRIPCION CONTRA SECUESTRO EN UN CREDITOS DEL ESTADO—OPOSICION AL JUICIO EJECUTIVO

1.—Del artículo 2535 del C. C. se deduce que son dos los elementos de la prescripción extintiva de las acciones y derechos: 1º el transcurso del tiempo señalado por la ley, y 2º la inacción del acreedor. El tiempo de la prescripción de la acción ejecutiva se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. — 2.—El opositor al secuestro en un juicio ejecutivo es parte en el incidente de secuestro, mas no en el juicio principal. Cuando muere el opositor se suspenden los términos en el incidente promovido por él, conforme al artículo 370 del C. J., pero no los términos del juicio principal, los cuales siguen corriendo. Lo que ocurre es que la sentencia definitiva no se pronuncia mientras estén pendientes aquellos incidentes que puedan influir en la decisión final del pleito, conforme al art. 393 ibidem. En casos como el de autos, en que fuera del bien materia de la oposición, existen otros sujetos a la traba ejecutiva, bien puede continuarse la ejecución hasta proferirse en ella la sentencia de pregón y remate, con la reserva competente por parte del ejecutante para poder obtener más tarde su remate, si la articulación fuere resuelta a su favor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

Por auto número 251 del 8 de febrero de 1924, la Contraloría General de la República, feneció la cuenta de la Administración de Correos de Quibdó correspondiente a la vigencia de 1922, y liquidó un alcance definitivo a cargo del señor Eliseo Jaramillo por la suma de dos mil cuatro cientos quince pesos con diez y ocho centavos ($ 2,415.18) y multa de nueve pesos ($ 9.00), que se hicieron exigibles el 10 de marzo de 1924. El señor Juan Garcés se había constituído fiador del señor Eliseo Jaramillo por documento que aparece en los folios 47 y 48 del cuaderno número 1 del expediente.

Con base en esta fianza y en el anterior alcance líquido y definitivo, la Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos de Bogotá libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de los señores Eliseo Jaramillo y Juan Garcés por la cantidad líquida de $ 2,424.18 m/l., más los intereses, costas y costos del juicio. (Folios 49 y 50 del cuaderno número 1). Este auto, que tiene fecha de octubre de 1924, se notificó el 20 de noviembre de 1924 al señor Juan Garcés, y el 21 del mismo mes y año, al señor Eliseo Jaramillo por el Juez 1º del Circuito de Quibdó, comisionado al efecto. El señor Garcés interpuso el recurso de apelación al momento de la notificación, el cual se declaró desierto por resolución del 12 de agosto de 1925 del Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, decisión que quedó ejecutoriada el 17 del mismo año.

No aparece de esta fecha en adelante gestión alguna judicial hasta el año de 1930 (folios 56 del cuaderno principal, y 5 vto. del cuaderno Nº 2º). Por auto del 21 de abril de 1933 el Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, decretó el embargo, secuestro y avalúo de bienes denunciados como de propiedad

del ejecutado señor Juan Garcés. (Folio 61 del cuaderno número 1).

El registro del embargo de los inmuebles se verificó por medio del Registrador de Instrumentos Públicos de Quibdó. Las diligencias de secuestro y avalúo se llevaron a cabo, por comisión al señor Juez 2º Civil del Circuito de Quibdó. En estas diligencias aparecen oposiciones del señor José J. Hernández y de la señora Lucía González de Garcés. (Folios 74 y 75 del cuaderno principal).

Por auto del 28 de noviembre de 1934, el Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, inició una articulación para decidir sobre las oposiciones anteriores. Para la notificación de este auto se libró despacho comisorio al señor Juez 2º Civil del Circuito de Quibdó; la notificación anterior se hizo al opositor señor Hernández el 3 de diciembre de 1934; y hay constancia de que la opositora señora Lucía González de Garcés falleció el 9 de noviembre de 1933.

La última actuación del Juzgado ejecutor fue un proveído de fecha 17 de enero de 1935, en que se reconoce al señor Antonio García Leira, como apoderado sustituto del señor Garcés. No aparece de autos que desde esta fecha hasta el 7 de noviembre de 1939, se haya hecho gestión alguna para proseguir la ejecución.

El señor Juan Garcés por medio de su apoderado, el doctor García, presentó un memorial de excepciones fechado el 6 de noviembre de 1939. Del incidente entró a conocer la Corte y surtida la tramitación de rigor, esta Sala procede a su decisión previas las siguientes consideraciones.

La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones (art. 2535 del C. C.). De lo cual se deduce que son dos los elementos de la prescripción extintiva de aquellas acciones y derechos: 1º el transcurso del tiempo señalado por la ley; y 2º la inacción del acreedor. La acción ejecutiva prescribe a los diez años, y el tiempo de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible; el crédito que ejecutivamente cobra la Nación en este juicio se hizo exigible desde el 10 de marzo de 1924.

Ha habido inacción de parte del acreedor? La demanda judicial que los ejecutores fiscales siguieron contra el señor Juan Garcés y que se inició antes de que transcurrieran diez años después de que se hizo exigible el crédito en cuestión, pudiera inducir a pensar que no se les puede oponer aquella tacha a los Agentes del Fisco Nacional, ya que esta demanda constituye una interrupción civil de la prescripción extintiva de las acciones ajenas. Pero el artículo 2539 del Código Civil en relación con el artículo 2524 de la misma obra, establece que el acreedor puede alegar interrupción de la prescripción extintiva de sus acciones y derechos, si ha intentado cualquier recurso judicial contra su deudor para la satisfacción de su crédito; mas esta interrupción no podrá alegarse cuando, entre otros casos, el acreedor cesó en la persecución por más de tres años.

En el juicio que se estudia, el excepcionante alega la prescripción en los términos siguientes:

"El alcance, según se ve en el auto de mandamiento ejecutivo, de fecha (sin) de octubre de 1924, se hizo exigible desde el 10 de marzo de ese año. Desde esta última fecha hasta hoy han transcurrido más de diez años; y la acción ejecutiva ha prescrito (artículo 2536 del Código Civil), pues aun cuando se interrumpió la prescripción con la actuación que desde entonces tomó el ejecutor, esa interrupción se hizo estéril, porque la acción contra mi poderdante fue abandonada por el ejecutor durante más de tres años (art. 2524 del C. C.). El juicio, en lo referente al fiador Garcés, mi poderdante, sólo avanzó hasta el mes de diciembre de 1934, folio último del cuaderno principal y desde esa fecha para acá no ha habido ninguna actuación. De enero de 1935, hasta

hoy, 6 de noviembre de 1939, han transcurrido cuatro años, diez meses".

El señor Procurador Delegado en lo Civil observa al respecto:

"A primera vista parece probado el hecho. Pero ocurre una circunstancia extraordinaria que le quita toda su eficacia procesal: la señora Lucía González de Garcés, que vino a ser parte incidental en el juicio como opositora al secuestro de uno de los bienes embargados (flo. 74, C. principal), falleció el 9 de noviembre de 1933, según constancia que obra al folio 83 del respectivo cuaderno.

"Y como el fallecimiento de cualquiera de los litigantes es causa de suspensión de los términos, de conformidad con el artículo 370 —numeral 2º— del Código Judicial, el término de los tres años de que trata el artículo 2524 —numeral 2º— del Código Civil, quedó suspendido desde la fecha de la muerte de la mencionada litigante, Lucía González de Garcés. Desde esa fecha en adelante no podía, por tanto, producir los efectos señalados en el citado artículo 2524 del Código Civil la suspensión obligada del proceso".

Como se ve, acepta el señor Procurador Delegado en lo Civil, que el Ejecutor Fiscal cesó en la persecución del fiador señor Garcés por un lapso de más de tres años. Pero estima que por haber ocurrido el acontecimiento previsto en el art. 370 —numeral 2º— del Código Judicial (muerte de uno de los litigantes), se suspendieron los términos en el presente juicio, inclusive el de la cesación en la persecución del deudor, lo que deja en pie la interrupción de la prescripción de que ya se ha hablado.

La cuestión se reduce, pues, a examinar el alcance del artículo 370 citado. Habla este precepto de que "los términos no corren en un negocio determinado..... 2º Por muerte de alguno de los litigantes".

Litigante, se dirá, es todo el que disputa en juicio sobre alguna cosa; es, en tal sentido, sinónimo de parte. El opositor al secuestro en un juicio ejecutivo, se encuentra en esa condición; luego hay que tenerlo como parte en el respectivo juicio. Aceptado el razonamiento con un distingo: el opositor en su condición de litigante, se hace parte, pero no en el juicio principal, sino en el incidente provocado por él. Es, pues, en tal incidente, que tramita como articulación y por consiguiente en cuaderno separado, en donde se suspenden o no corren los términos, por la muerte del opositor articulante. Que éste no es parte en el asunto principal, si no se le ha mandado tener como tal, es hecho incuestionable, si se considera que no podría pretender que se le notificaran las providencias que se dicten fuera del incidente provocado con la oposición. ¿Cómo podría pretender el tercero opositor que se le notificara, por ejemplo, el auto que decreta embargo de bienes sobre los cuales no alega ese tercero ningún derecho?

Por otra parte, no debe perderse de vista que a tenor del artículo 393 del Código Judicial, los incidentes, salvo disposición especial, no suspenden el curso del juicio; pero la sentencia definitiva no se pronuncia mientras estén pendientes aquellos cuyo resultado pueda influir en la decisión final. En un caso, como el presente, en que fuera del bien materia de la oposición, existen otros sujetos a la traba ejecutiva, no hay inconveniente en que se cite para sentencia de pregón y remate y en que se dicte esta sentencia, si así lo solicita el ejecutante, quien puede hacerlo con la reserva competente para poder obtener más tarde su remate, si la articulación fuere resuelta a su favor.

El objeto de la notificación es hacer saber a alguno un mandato judicial. Con qué fin? Con el de que, debidamente enterado, pueda hacer valer los recursos que la ley otorga contra la providencia que se le ha hecho conocer, si le causa agravio. Y si la providencia no le afecta, ¿qué interés jurídico puede haber en intentar recursos contra ella? Como el tercero opositor carece de ese interés, en lo que no

atañe a su oposición, no hay por qué notificarle los proveídos que se dicten en el negocio principal y que no se relacionen con tal oposición.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en desacuerdo con la respetable opinión del 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 alegada en este juicio, y dispone, consecuencialmente, que cese la ejecución y se desembarguen bienes, en lo que respecta al fiador señor Juan Garcés.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

NOTIFICACIONES EN JUICIOS DE CUENTAS

De acuerdo con la Resolución número 86 de 1928, del Departamento de Contraloría, los autos que dicte esta entidad en los juicios de cuentas, con excepción de aquellos que no contengan multas o alcances, serán notificados personalmente al responsable.

Los autos notificados en esos juicios en forma distinta de la preceptuada en esa Resolución carecen de firmeza, no son definitivos y no tienen, por tanto, entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución, según lo ha dicho la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Antonio Donado)

La Auditoría Fiscal de Caldas feneció las cuentas al Jefe de la Oficina Telegráfica de Manizales, señor Julio Restrepo Abad; los fenecimientos con sus respectivos alcances son: el número 621 por $ 118.60; el número 622 por $ 153.60; el número 623 por $ 92.00; el número 624 por $ 70,00; el número 625 por $ 104.60. Dichos fenecimientos fueron notificados personalmente al responsable, y confirmados por la Contraloría General de la República, en providencias que fueron notificadas por estado.

Por escritura pública número 2 otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Manizales, el 4 de enero de 1932, el señor Luis M. Ospina se constituyó fiador solidario del señor Restrepo Abad para responder del empleo de manejo que éste ocupaba en la Oficina Telegráfica de Manizales, y para garantizar mejor a la Nación, se hipotecó a favor de éste, una casa de habitación ubicada en el área de la población de Manizales.

Con base en los anteriores fenecimientos y la mencionada fianza hipotecaria, el 30 de abril de 1936, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y a cargo de los señores Julio Restrepo Abad y Luis M. Ospina por la suma total de $ 538.80, más intereses y las costas del juicio. En el mismo auto ejecutivo se decretó el embargo, secuestro y avalúo del inmueble hipotecado.

Debidamente comisionado, el Juez Municipal de Anserma notificó el mandamiento ejecutivo al señor Julio Restrepo Abad, quien interpuso el recurso de apelación y denunció la quinta parte de su sueldo como telegrafista, la cual fue embargada.

Igualmente fue notificado el señor Luis M. Ospina por el Juez 2º Municipal de Manizales, quien llevó a cabo también las diligencias de secuestro y avalúo del inmueble hipotecado y luégo embargado.

Después de un incidente de nulidad, el Juzgado ejecutor citó para sentencia de pregón y remate en este punto, y antes de que se ejecutoriara este auto, el apoderado de los ejecutados, doctor Jesús María Arias, presentó un memorial de excepciones, y con tal motivo se elevaron los autos a esta Superioridad. Agotada la tramitación de rigor, la Sala procede a decidir el incidente con auxilio de las consideraciones siguientes.

Las excepciones propuestas son: ilegitimidad o deficiencia del título ejecutivo, inepta demanda e inexistencia de la obligación.

El primer medio de defensa lo formula el excepcionante así:

"La que resulta de ilegitimidad o deficiencia del título ejecutivo, pues las providencias definitivas y que se estiman ejecutoriadas, no fueron notificadas a Julio Restrepo en la forma requerida para constituir contra él título ejecutivo, porque esas notificaciones en tales condiciones, deben hacerse personalmente".

Luégo, en su alegato de conclusión, el excepcionante fundamenta tal medio de defensa, en los términos siguientes:

"Las providencias de fenecimiento proferidas por la Auditoría Fiscal de Caldas obran en copias auténticas, pero ellas no vienen a ser simplemente como fallos de primera instancia, sólo tienen carácter obligatorio y definitivo después de que la Contraloría las estudia y revisa en una especie de segunda instancia; son, pues, las providencias de la Contraloría las que en definitiva sirven de título ejecutivo y deben presentarse o bien originales, o bien en copias auténticas y ninguno de los citados requisitos tienen las que obran en autos, expedidas por la Contraloría General de la República; son simplemente unos duplicados a papel carbón, al pie de los cuales se pone una certificación de que eso se notificó por un edicto; pero es evidente que eso no es el original ni mucho menos una copia auténtica de esa providencia y carecen del mérito legal suficiente para constituir el título ejecutivo. Pero hay algo más grave, sobre la validez o legalidad de esos documentos como títulos ejecutivos: esas providencias definitivas, pronunciadas por la Contraloría en última instancia son las que en realidad dan base ejecutiva si se han ejecutoriado debidamente por la notificación en legal forma; la forma legal de notificarse las providencias de la Contraloría que declaren alcances o multas es la de notificación personal".

El señor Procurador Delegado en lo Civil acepta que las providencias de la Contraloría General de la República que confirmaron los autos de fenecimiento de la Auditoría Fiscal de Caldas, fueron notificadas irregularmente, por haberse hecho la notificación respectiva por medio de edicto y no personalmente como lo dispone el artículo 1º de la Resolución número 86 de 1928 de la Contraloría General de la República.

Sobre el alcance de la citada disposición, el mismo funcionario ha emitido el siguiente concepto que ha acogido la Corte en varias oportunidades. La Procuraduría opina que "la ley orgánica de la Contraloría no habla de notificaciones; pero dejó tácitamente que esta materia fuera objeto de los reglamentos que expidiera el Contralor para la organización de su Departamento (artículo 75). De acuerdo con la Resolución número 86 de 1928, los autos que dicte la Contraloría en los juicios de cuentas, a excepción de aquellos que no contengan multa o alcance, serán notificados personalmente al responsable (artículo 1º)". Opina el mismo funcionario que los autos dictados en juicios de cuentas, con alcance, deben notificarse personalmente, y que una notificación en forma distinta es un hecho suficiente para fundamentar la carencia de causa para pedir por no haber nacido aún la obligación que se trate de cobrar.

Y para sustentar su tesis, el señor Procurador cita el siguiente aparte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "Como consecuencia de no estar notificadas en debida forma las providencias que constituyen el recaudo, el cobro coactivo se adelanta sin que la obligación que establecen aquéllas haya nacido legalmente para el responsable, porque al faltarles el requisito esencial de la notificación correspondiente, carecen de firmeza, no son definitivas y no tienen por tanto, entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución".

Aparece de autos que las providencias que sirven de base al presente recaudo ejecutivo, tienen el vicio de no estar notificadas en la forma legal y que, por consiguiente, no tienen el carácter de definitivas, hecho esencial para que los títulos del presente juicio presten mérito ejecutivo.

Será, pues, el caso de declarar probada la excepción en examen.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 344 del Código Judicial, si la Corte encuentra probada una excepción perentoria, no tiene obligación de estudiar las demás propuestas o alegadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del 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 ilegitimidad o deficiencia del título ejecutivo alegada en el presente juicio, y en consecuencia se ordena cesar la ejecución y desembargar los bienes trabados.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES— SOCIEDAD CONYUGAL

1.—La solidaridad entre los asignatarios y el cónyuge sobreviviente no la establece el artículo 24 de la Ley 63 de 1936. — 2.—Disuelta la sociedad surge ahora, bajo el imperio de la reforma de la Ley 28 de 1932, como antes bajo el imperio del Código Civil, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, la cual habrá de liquidarse conforme a las reglas del código compatibles con el nuevo régimen.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, dieciocho de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Con base en la liquidación número 81 de 1938 practicada por la administración de hacienda nacional de Santander, en la ciudad de Bucaramanga, ese despacho por medio del respectivo síndico ejecutor, y en uso de sus atribuciones legales libró orden de pago a favor de la nación y a cargo de los asignatarios y cónyuges de la sucesión de Tobías Acevedo por la cantidad de $ 604.63, representativa del impuesto sobre asignaciones, que deben pagar los herederos, recargos por mora en el pago de dicho impuesto, multas y gastos del mencionado juicio.

La ejecución fue librada contra la cónyuge sobreviviente señora Ana Mantilla v. de Acevedo, y los herederos reconocidos en el juicio señores Ana Arcelia, Arturo, María Delasia, Beatriz, Ruperto, Saúl, Gonzalo, Leonor y Lucila Acevedo Mantilla. Notificado el mandamiento de pago los ejecutados presentaron un memorial de excepciones, el que de acuerdo con la ley fue remitido a la Corte para los efectos de la sustanciación y fallo del incidente. Y como está vencido el término de prueba y vencido el término que se concedió a las partes para alegar, es el momento de dictar ya el respectivo fallo.

En el memorial de excepciones se proponen dos defensas: una por la señora Ana Mantilla de Acevedo en su propio nombre, y la otra defensa por la misma señora en representación legal de sus menores hijos Gonzalo, Saúl, Leonor y Lucila Acevedo Mantilla; y además por Ana Arcelia, Arturo, Eulalia, Beatriz y Ruperto Acevedo Mantilla, mayores de edad, todos los cuales son partes en el juicio de sucesión.

La defensa de la viuda se hace consistir en que la ejecución con relación a ella "se ha dirigido contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda, pues en el supuesto de que el señor Tobías Acevedo hubiera dejado bienes a tiempo de morir, que no los dejó, ella, por haber descendientes no tendría derecho sino a sus gananciales en la sociedad conyugal por la parte que legalmente hubiera de corresponderle, y esa parte no estaría sujeta al pago de impuesto sobre sucesiones (art. 1º y concordantes de la Ley 63 de 1936").

Y la defensa de los herederos se basa en que la obligación carece de causa por no haber dejado bienes al morir el señor Tobías Acevedo "pues los que tenía los enajenó con anterioridad a su fallecimiento, como lo comprobamos con la escritura pública número 324 de fecha 22 de abril de 1933, de la notaría 2ª del circuito de Bucaramanga, registrada el siete de junio del presente año".

En el orden en que están propuestos la Sala acomete el examen de los hechos exceptivos.

- I -

La defensa propuesta por la viuda carece parcialmente de fundamento. Según la liquidación ella no es asignataria pero se le impuso una multa de $ 50 m. c. por no haber dado cumplimiento al artículo 27 de la Ley 63 de 1936 en su calidad de cónyuge sobreviviente. De consiguiente en el conjunto de las partidas que integran el valor total de la ejecución hay una de que es ella directa y personalmente responsable y para cuyo cobro la ley fiscal autoriza la vía coactiva.

Empero, la Sala estima que a la viuda de Acevedo no se le puede considerar solidaria con los herederos en el pago total del impuesto, como quiera que la solidaridad entre los asignatarios y la cónyuge sobreviviente no la establece el artículo 24 de la Ley 63 de 1936.

Síguese de lo expuesto que la ejecución no es eficaz contra la viuda de Acevedo sino en cuanto diga relación a los $ 50 m. c. valor de la multa que le fue impuesta por el respectivo funcionario liquidador.

- II -

Por lo que hace al hecho exceptivo alegado por los herederos de Tobías Acevedo, carece en absoluto de comprobación en el expediente.

En efecto, de la citada escritura número 324 de 1933 aparece que la señora Ana Mantilla de Acevedo adquirió a título oneroso los bienes que allí se relacionan estando ya en vigencia la Ley 28 de 1932, y vigente también la sociedad conyugal entre los esposos Acevedo Mantilla. Fue, pues, una adquisición de las que conforme el artículo 1781 del C. Civil son parte integrante del haber de dicha sociedad.

Disuelta posteriormente la sociedad conyugal Acevedo-Mantilla, a causa del fallecimiento del marido, surgió entonces la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cada cónyuge. Y dando aplicación a las reglas del C. Civil relativas a la liquidación de dicha comunidad, a la señora Mantilla de Acevedo correspondía la mitad de tales bienes, a título de gananciales, y la otra mitad a los legitimarios Acevedo Mantilla.

El administrador de hacienda nacional no perdió de vista las anteriores consideraciones, y en consecuencia sólo consideró como acervo líquido gravable la mitad del capital inventariado.

Finalmente, para desvanecer toda duda que pudiera surgir en relación con la defensa de los ejecutados, ya que éstos sostienen que la viuda de Acevedo adquirió para sí todos los bienes descritos en la citada escritura número 324 de 1933, con dinero de su exclusiva propiedad, y no para la sociedad conyugal, conviene trascribir a continuación algunos párrafos pertinentes de la sentencia pronunciada por la Sala de Casación Civil de esta misma Corte, el 20 de octubre de 1937, sentencia que fijó el alcance de la reforma consagrada por medio de la Ley 28 de 1932:

"Pero disuelta la sociedad surge ahora, bajo el imperio de la reforma, como antes también surgía bajo el imperio del Código Civil, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, comunidad que habrá que liquidar conforme las reglas del Código compatibles con el nuevo régimen.

"Por ejemplo: Un inmueble adquirido hoy por la mujer a título oneroso durante el matrimonio, constituye un bien social que ella puede enajenar y administrar libremente, en fuerza de su plena capacidad, pero virtualmente susceptible, en su carácter de bien social, de constituir uno de los elementos integrantes de la masa partible, como activo de la sociedad conyugal, si al tiempo en que ésta se disuelve no ha sido enajenado". (Gaceta Judicial, tomo 45, pág. 636, 1ª).

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla así las excepciones propuestas:

a) No es fundada la excepción propuesta por los herederos de Tobías Acevedo;

b) Declárase parcialmente probada la excepción propuesta por la señora Ana Mantilla v. de Acevedo, en cuanto ésta sólo es responsable de la cantidad de cincuenta pesos ($ 50,00) moneda corriente, valor de la multa que le fue impuesta por el recaudador respectivo, sin que dicha señora tenga obligación de responder del pago de la totalidad del gravamen a que se refiere la liquidación número 81 de 1938, que ha sido materia del presente recaudo ejecutivo.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

DECLARACION DE RENTA—LIQUIDACION DE LA RENTA

1.—Cuando hay una compañía no basta la simple declaración individual de la renta, sino que es indispensable, de conformidad con el artículo 6º de la ley 78 de 1935, tener en cuenta los negocios de la sociedad. — 2.—Es arbitrario el liquidar la renta de un individuo por medio de simples afirmaciones verbales. Al contribuyente en Colombia no puede gravársele por meras estimaciones desprovistas de fundamento racional; ni el impuesto puede deducirse arbitrariamente con prescindencia de todo elemento de juicio, porque entonces se convierte en odiosa exacción. Para evitar la vaguedad y la indeterminación, la ley normativa del impuesto sobre la renta obliga a los liquidadores a obrar sobre bases PLENAMENTE COMPROBADAS (art. 12, L. 81 de 1931). Esto está indicando que no es el concepto personal del empleado, sin ningún apoyo en la realidad objetiva, el que puede servir para graduar la renta de un contribuyente y, por ende, el impuesto respectivo. El gravamen tiene que ser el resultado, no de meras presunciones, sino de una investigación seria llevada a cabo de manera imparcial, para lo cual se cuenta en primer lugar con la declaración del contribuyente, y cuando ésta falta totalmente o adolece de deficiencias u omisiones, con las informaciones ciertas que el liquidador obtenga en otras fuentes y de las cuales debe quedar constancia escrita para garantía del contribuyente en sus reclamos posteriores, como para resguardar la imparcialidad del Estado y, por tanto, la justicia del tributo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

La recaudación de hacienda nacional de Cali dictó mandamiento de pago con jurisdicción coactiva contra el señor Marco A. Tobón por la cantidad de $ 896.26 que adeuda de plazo vencido a la Nación por razón de impuesto sobre la renta correspondiente a los años de 1933, 1934 y 1936.

El ejecutado propuso excepciones. Por esta causa el expediente vino a la Corte, en donde sustanciado debidamente el incidente está para resolver.

Del largo escrito en que el excepcionante plantea su defensa se copian los siguientes párrafos que compendian los hechos en los cuales hácela consistir:

"De acuerdo con lo prescrito en el artículo anterior (9º de la ley 78 de 1935), presenté, en tiempo oportuno, ante el señor administrador de hacienda nacional de esta ciudad, mi declaración sobre renta correspondiente al año de 1936.

"En esa declaración hice figurar mi renta bruta obtenida durante ese año y acompañé los comprobantes del caso para obtener que se me reconocieran las exenciones a que tenía derecho, de acuerdo con la ley.

"Pero el empleado encargado de hacer la liquidación del impuesto, obrando por sí y ante sí y sin reparar en las disposiciones de la ley, hizo caso omiso de mi declaración y valiéndose de guarismos inventados por él que no figuran en mi declaración, me asignó por el año de 1936 un impuesto de $ 770.70, impuesto que

no tiene base ni fundamento legal alguno".

Más adelante agrega: "Con lo dicho, debidamente comprobado con la certificación del señor Auditor de Impuestos Nacionales, queda demostrada la manera ilegal como se hacía la liquidación de los impuestos en la administración de hacienda nacional de esta ciudad y que por los años de 1933 y 1934, me aforó un señor inspector de Rentas, pero que no hay constancia de ninguna clase de los antecedentes en que se fundó para hacer el cálculo de mi renta sobre la cual me liquidó esos impuestos".

Por lo tanto, de acuerdo con lo anteriormente transcrito, dos son los hechos constitutivos de las excepciones:

1º Que el señor Tobón presentó oportunamente su declaración individual de renta y patrimonio por lo correspondiente al año de 1936, no obstante lo cual se le liquidó el impuesto sobre bases completamente diferentes de las consignadas en aquella declaración; y

2º Que la renta que se le dedujo para los años de 1933 y 1934, fue aforada por un inspector sin base ninguna, pues no hay constancia de los antecedentes que le sirvieron a ese empleado para verificar el aforo.

En relación al primer hecho se considera:

La única prueba que ha hecho valer el excepcionante consiste en un certificado expedido por el auditor de impuestos nacionales de Cali, agregado al memorial de excepciones, en el cual dicho empleado declara lo siguiente:

"Segundo.—Que con relación al año de 1936, la sociedad colectiva Tobón y compañía presentó oportunamente su declaración de renta y patrimonio, complementada con las declaraciones individuales de los dos socios Marco A. Tobón y Carlos Velasco R. Que verificado el estudio y calificación de este negocio por el señor inspector de rentas Roberto Gómez Uribe, este empleado encontró errada la disposición de las partidas que constituyen el movimiento de la renta bruta de la sociedad, y en consecuencia obtuvo que esta renta bruta ascendió a la suma de $ 27,514.80, en vez de la de $ 9,834.78 expresada en la declaración. Reconocidas las deducciones solicitadas por valor de $ 7,920.15, quedó una renta líquida de $ 19,594.65. Como los dos socios mencionados tienen una participación en el negocio, del sesenta por ciento el señor Tobón, y del cuarenta por ciento el señor Velasco, hubo de dividirse en estas proporciones la renta líquida mencionada, correspondiéndole, en consecuencia, al socio Tobón, la renta líquida de $ 11,756.79, y al socio Velasco R., la renta líquida de $ 7,837.86. Que hechos los anteriores cálculos, al vaciar a las declaraciones individuales de los socios, las nuevas proporciones de renta líquida, se cometió el error, en contra del fisco nacional, de aplicarle al socio Tobón la suma de $ 7,837.86 en vez de $ 11,756.79 que es la que le correspondía como sesenta por ciento de su participación en las utilidades del negocio, error que oportunamente se tendrá que corregir".

Como se ve, con relación a la renta por el año de 1936, las cosas pasaron de manera muy distinta a como las presenta Tobón. Habiendo sido éste durante el año citado, socio colectivo de la sociedad Tobón y Cía., le correspondía pagar impuesto sobre su participación en la compañía, tal como lo establece el artículo 6º de la ley 78 de 1935. De consiguiente no era suficiente su declaración individual, sino que también el funcionario liquidador debía tener en cuenta los negocios de la sociedad. Al examinar esos negocios el liquidador encontró errada la disposición de las partidas que constituyeron el movimiento de la renta bruta de la sociedad, y de acuerdo con ello, el aforo de la renta de los socios se apartó del que ellos habían calculado en sus declaraciones. Este resultado es inalterable, mientras no se conozca en todos sus detalles la declaración de renta tanto del

socio Tobón como de la sociedad. En el certificado sólo aparece en forma global la declaración de renta de la compañía, pero ello es insuficiente para concluír que la renta está arbitrariamente deducida.

El excepcionante dejó así sin la prueba pertinente el hecho por él afirmado.

En relación con el segundo hecho exceptivo, reza el certificado del auditor:

"Primero.—Que en los registros de esta oficina, con relación a contribuyentes al impuesto sobre la renta, figura el señor Marco A. Tobón en los registros de los años de 1933 y 1934 con los aforos de $ 33,00 y $ 92,56 respectivamente. Que estos aforos le fueron aplicados al Sr. Tobón, en vista de que por los dos años mencionados no presentó declaración para el impuesto sobre la renta; pero que de esos aforos no reposa en esta oficina constancia alguna, porque por esos años se hacían los aforos por los señores inspectores de rentas a quienes correspondía visitar las Administraciones, y esos señores inspectores obtenían datos e informaciones verbales, y sobre ellos verificaban el consiguiente aforo.

Con esta certificación se comprueba plenamente que el señor Tobón no hizo declaración de su renta por lo correspondiente a los años de 1933 y 1934, por cuyo motivo sobre la base de informaciones verbales de que no quedó constancia alguna en la oficina liquidadora, se le hizo la deducción del impuesto.

Ese procedimiento, adoptado con el señor Tobón, de aforarle la renta por medio de simples informaciones verbales, por lo arbitrario no lo permite la ley. Al contribuyente en Colombia no puede gravársele por meras estimaciones desprovistas de fundamento racional, ni el impuesto puede deducirse arbitrariamente con prescindencia de todo elemento de juicio, porque entonces se convierte en odiosa exacción.

Para evitar la vaguedad y la indeterminación, la ley normativa del impuesto sobre la renta obliga a los empleados liquidadores a obrar sobre bases **plenamente comprobadas** (artículo 12 de la ley 81 de 1931). Esto está indicando que no es el concepto personal del empleado, sin ningún apoyo en la realidad objetiva el que puede servir para graduar la renta de un contribuyente y por ende el impuesto respectivo. El gravamen tiene que ser el resultado, no de meras presunciones, sino de una investigación seria llevada a cabo de manera imparcial, para lo cual se cuenta en primer lugar con la declaración del contribuyente, y cuando ésta falta totalmente o adolece de deficiencias u omisiones, con las informaciones ciertas que el liquidador obtenga en otras fuentes y de las cuales debe quedar constancia escrita tanto para garantía del contribuyente en sus reclamos posteriores, como para resguardar la imparcialidad del Estado y por ende la justicia del tributo.

Por lo tanto el segundo hecho exceptivo sí está plenamente justificado y así debe declararlo la Corte.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla así las excepciones propuestas por el señor Marco A. Tobón en esta ejecución:

1ª No es fundada la excepción contra el impuesto sobre la renta deducido al señor Tobón en lo correspondiente al año de 1936;

2ª Declárase probada la excepción de inexistencia de la obligación de pagar el mismo impuesto por lo correspondiente a los años de 1933 y 1934, o sea las cantidades de $ 33 y $ 92,56, más los recargos que se haya imputado sobre estas su-

mas; excepción basada en el hecho de que esos aforos se hicieron sobre la base de meras informaciones verbales del empleado liquidador.

Siga adelante la ejecución por el saldo de la obligación.

No hay costas en el incidente de excepciones.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan Antonio Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

La Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Isabel, Departamento del Tolima, reconoció a favor de la Nación y a cargo del señor Manuel Arbeláez A. y de su señora Cecilia L. de Arbeláez, la cantidad de cuatrocientos sesenta pesos con cincuenta centavos por concepto del impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1937.

La misma entidad, con fundamento en el mencionado reconocimiento, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Arbeláez y de su esposa, quienes al momento de la notificación del mandamiento ejecutivo interpusieron el recurso de apelación, que fue decidido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el sentido de confirmar el auto apelado.

Los ejecutados propusieron en tiempo hábil varias excepciones, y del incidente entró a conocer el Tribunal citado, el que, por fallo en Sala de Decisión, las declaró no probadas.

El ejecutado señor Arbeláez, apeló tal fallo, y concedido el recurso, han subido los autos a esta Superioridad. Pero la Sala se ve en el caso de aplicar la doctrina que la Corte ha sentado sobre esta materia, y según la cual, "así como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, conoce en única instancia de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, mayores de quinientos pesos ($ 500.00), los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en su Sala Civil, conocen también privativamente y en única instancia de las apelaciones e incidentes en negocios de la misma naturaleza, pero de una cuantía inferior a quinientos pesos ($ 500.00)".

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que carece de competencia para entrar a conocer de la apelación de que se trata.

Cópiese, notifíquese y devuélvase para los fines legales.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES — JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. — COSA JUZGADA EN ESTE RAMO

1.—El artículo 93 de la ley 130 de 1913 se explica porque los tribunales administrativos ejercen también funciones judiciales, desde luego que su misión consiste en una revisión judicial de los actos administrativos. De ahí que la jurisdicción contencioso-administrativa, según lo enseña la doctrina, constituye esencialmente una rama de la jurisdicción, del mismo rango de la jurisdicción civil o penal. De manera que sus decisiones son acreedoras al respeto que se tributa a las de los jueces civiles o penales. La cosa juzgada en la jurisdicción administrativa obedece al mismo principio que la impone en las otras jurisdicciones y persigue idéntico interés de seguridad jurídica: lo que haya sido juzgado una vez no debe volver a ser objeto de actuaciones procesales. Las relaciones de las partes entre sí quedan ordenadas en definitiva por la sentencia ejecutoriada, de tal manera que es imposible provocar de nuevo la discusión sobre la cuestión de hecho o de derecho, porque eso iría contra la estabilidad de las relaciones jurídicas y la seriedad de las decisiones del órgano del poder público encargado de desatar los litigios entre los particulares o entre éstos y el Estado. En ningún orden de decisiones con autoridad de cosa juzgada ésta se quiebra para darle entrada a un nuevo proceso ante la consideración de mejorar la posición defensiva del reo mediante el aporte de nuevos elementos probatorios que hagan cambiar el resultado del primer fallo. Porque este motivo de orden sentimental iría a fomentar la negligencia de las partes con respecto al cumplimiento de la obligación legal y moral que sobre cada una de ellas pesa de presentarle al juez todos los elementos de convicción necesarios que estén al alcance. Negligencia que daría base para sucesivos e indefinidos litigios que harían completamente nugatoria la administración de justicia. — 2.—No hay recurso de revisión por parte de la justicia ordinaria respecto de sentencias pronunciadas por los tribunales contencioso-administrativos. El artículo 93 del Código contencioso veda expresamente a los tribunales ordinarios revisar los fallos de aquellos tribunales. La doctrina de la Corte no va más allá de negarle a la justicia ordinaria facultad para sentenciar sobre lo que haya sido ya juzgado por los tribunales de lo contencioso-administrativo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El juzgado nacional de ejecuciones fiscales de esta ciudad, por la vía de jurisdicción coactiva persigue al señor Pedro E. Gómez O., para obtener el pago de la cantidad de $ 11,895, como alcance que se le dedujo en su calidad de contador pagador del ministerio de guerra.

El señor Gómez propuso un pliego de excepciones, las que tramitadas debidamente por la Corte, encuéntranse en estado de ser falladas.

Motivo del alcance.

Por auto número 881 de 13 de febrero de 1935, la contraloría general de la nación, fenecio las cuentas de la contaduría pagadora del ministerio de guerra, correspondientes al mes de junio de 1934,

deduciendo un alcance contra el responsable señor Pedro E. Gómez, por la cantidad de $ 33,442.21, por las causas allí detalladas. De este auto conoció el consejo de estado por recurso de apelación interpuesto por el interesado, entidad que revocó el auto de fenecimiento y en su lugar redujo el alcance a la cantidad de $ 11,895.00, que es la cantidad en cobro.

La contraloría glosó la partida de $ 33,242.21, cargada a la cuenta de "Traspaso de fondos-egresos", como enviada al contador del batallón de infantería Huila, señor Aquilino Bejarano, de cuya cantidad iba en dinero, la suma de $ 21,277.-21, y en diferentes recibos de víveres la suma de $ 11,695. No admitió el descargo por robo de la remesa, porque consideró que con relación al dinero efectivo faltaba la correspondiente resolución de exoneración, y con relación a los recibos de víveres, anotó que también hace falta esa resolución complementada con la constancia suscrita por Bejarano de que en realidad había recibido los víveres.

Otra glosa se refiere a la cantidad de $ 200 que el responsable cargó de más en la relación de pagos por radicaciones en el mes de la cuenta.

Pero el consejo de estado encontró plenamente acreditada la pérdida o robo de la remesa del dinero y de los recibos por víveres al contador Bejarano, por cuyo motivo relevó de toda responsabilidad a Gómez, pero únicamente en lo relativo al dinero, pues en lo concerniente a la partida de $ 11,695 por los recibos de víveres, consideró que, la pérdida bien demostrada de esos recibos, en nada altera la responsabilidad de Gómez, en razón de que también estaba acreditado que el dinero representativo de tales recibos permaneció en su poder y que éste hizo gestiones ante el contralor para darle una contabilización adecuada, muchos meses después.

El otro cargo vigente por $ 200 lo ratificó el consejo de estado por no haber sido suficientes las explicaciones que dio Gómez.

Las excepciones

El apoderado del ejecutado propone en calidad de defensa el derecho que surja de los siguientes hechos:

"Afirmo categóricamente que dichas sumas de dinero no salieron de ninguna manera de la Caja a cargo de mi mandante, y por tanto sostengo que no existe por parte de él la obligación de reintegrarlas al Tesoro Nacional.

"En efecto, del acta de visita practicada a la Contaduría Pagadora del Ministerio de Guerra en el lapso del 4 de noviembre de 1935 al 14 de enero de 1936, bajo el manejo de Gómez Ortiz, aparecen dos sobrantes en dinero, así: por Depósitos, $ 90,553.19, por Acreedores Varios, $ 15,715.27, o sea un total de $ 106,268.46.

Estos sobrantes, cuya procedencia no pudo el Visitador analizar, por falta de elementos de contabilidad, los registró por medio del siguiente asiento: Depósitos, $ 90,553.19, Acreedores Varios, $ 15,715.27 a **Saldos en Estudio**, $ 106,268.46.

"El monto total de estos sobrantes, que lo eran los $ 106,268.46, fue consignado en la Tesorería General de la República, sobre la base de que la Contraloría haría después el estudio que viniera a demostrar el origen de cada una de las partidas que lo formaban y deslindar de este modo cualquier responsabilidad que por razón del manejo de la Pagaduría del Ministerio, pudiera resultar a cargo del señor Gómez Ortiz.

"Sin embargo, transcurrió el tiempo sin que se hiciera dicho estudio, y según consta en el Acta de entrega que hizo el señor Gómez Ortiz de la Oficina en los días comprendidos entre el 21 y 26 de noviembre de 1936, la Contraloría, por intermedio del funcionario de su dependencia, dispuso cancelar el Saldo-Crédito de

la cuenta SALDOS EN ESTUDIO, por medio de este otro asiento:

"CUENTAS EN ESTUDIO-CREDITO. . . .	$ 106.268.46	
"Depósitos. . .	$ 90.553.19	
"Acreedores varios.	15.715.27	
"A HACIENDA NACIONAL.		106,268.46
"Totales. . . .	$ 106.268.46	106.268.46

"Para ordenar este asiento, consignó previamente, la siguiente consideración: 'A continuación se registran los siguientes asientos de Diario con el fin de cancelar los saldos de las cuentas abiertas a raíz de la entrega de que trata la presente Acta, denominadas CUENTAS EN ESTUDIO-DEBITO y CUENTAS EN ESTUDIO-CREDITO, que el nuevo responsable no lleva a sus libros por no corresponderle y que provienen de saldos dudosos dentro del movimiento de las cuentas de "Depósitos" y "Acreedores Varios". que la Contraloría General de la República **someterá a un detenido estudio**' (he subrayado).

"Como se ve por la última parte de la consideración transcrita, volvió la Contraloría a hacer la promesa de que el saldo de $ 106,268.46, sería sometido a un "detenido estudio", el cual, como ya está dicho, no lo ha hecho, sin duda, por falta también de elementos de contabilidad.

"Pero hay un hecho cierto, que surge en proporciones casi alarmantes, y es que el señor Gómez Ortiz entregó a la Nación un sobrante de $ 106,268.46, en la fecha de la entrega de la oficina a su cargo, que la Contraloría ordenó consignar en la Tesorería General y abonar definitivamente a HACIENDA NACIONAL.

Lo que quiere decir que esa considerable suma de dinero, ingresó al patrimonio de la Nación".

Examen de la excepción

El ejecutado apoya la defensa en los documentos que hizo llegar al expediente en el término de prueba y que son:

La Contaduría pagadora del Ministerio de Guerra, con fecha del 9 de agosto de 1939, certifica que en el libro respectivo aparecen descritos los siguientes asientos de Diario:

Asiento número 178 de 21 de noviembre de 1936:

"CUENTAS EN ESTUDIO CREDITO.	$	106.268.46
"Depósitos . . .	$ 90.553.19	
"Acreedores varios.	15.715.27	
"A Hacienda Nacional . .		106.268.46".

A renglón seguido esta observación: "Se lleva al crédito de la segunda cuenta el valor de la primera, por tratarse de saldos que fueron considerados dudosos y que el nuevo pagador señor Eduardo Lambardi no acepta dentro de los constituídos realmente en las cuentas DEPOSITOS Y ACREEDORES VARIOS".

En el acta de visita que funcionarios de la Contraloría nacional le practicaron al señor Gómez Ortiz el 5 de noviembre de 1936, dejaron constancia de que las irregularidades anotadas en la visita, debíanse en su mayoría a la falta de un buen sistema de contabilidad y a la existencia en la oficina de un personal auxiliar insuficiente.

Y en la diligencia de entrega que de la oficina hizo el señor Gómez Ortiz, pagador saliente, al señor Eduardo Lambardi, pagador entrante, y autorizada también por funcionarios de la misma Contraloría, dejóse la siguiente constancia en el acta, la cual lleva fecha de 26 de noviembre de 1936:

"A continuación se registran los siguientes asientos de Diario con el fin de cancelar los saldos de las cuentas abiertas a raíz de la entrega de que trata la presente acta, denominadas "CUENTAS

EN ESTUDIO-DEBITO" y "CUENTAS EN ESTUDIO-CREDITO", que el nuevo responsable no lleva en sus libros por no corresponderle y que provienen de saldos considerados dudosos dentro del movimiento de las cuentas de "Depósitos" y "Acreedores varios" que la Contraloría General de la República someterá a un estudio detenido:

"CUENTAS EN ESTUDIO CREDITO	$ 106.268.46	
"Depósitos . .	$ 90.553.19	
"Acreedores varios	$ 15.715.27	
"A HACIENDA NACIONAL		106.268.46
TOTALES. .	$ 106.268.46	106.268.46

Por último la Contraloría General de la República con fecha 11 de marzo del corriente año le da a la Corte el siguiente informe:

"De acuerdo con la sustanciación que precede, se informa que el asiento del Diario a que se refiere la H. Corte Suprema de Justicia, se formuló para eliminar del balance de la Pagaduría del Ministerio de Guerra $ 106,266.46 que figuraban en "Cuentas en estudio Crédito", saldo que aún aparece en los libros de este Departamento y que no está analizado.

"Como 'Cuentas en estudio Crédito', es una cuenta acreedora, con anterioridad al asiento a que se refiere la H. Corte se formuló en la Pagaduría aludida un asiento con el objeto de abonar a la misma cuenta las sumas de $ 90,553.19 y $ 15,717.27, en total $ 106,266.46, que figuraban en tal oficina en las cuentas 'Depósitos' y 'Acreedores Varios', respectivamente y que proceden, según las cuentas del pagador, de sobrantes de órdenes de pago, reintegro de otras pagadurías, etc., lo que no estaba ni está aún definido debido a falta de sistema del Pagador y al enorme volumen de negocios que se presentaron con motivo del conflicto con el Perú, circunstancias que dificultan sobremanera cualquier análisis.

"La cuenta 'Hacienda Nacional' representa el capital de la Nación y se emplea, en casos como el presente, tanto en las oficinas de manejo como en este Departamento para contabilizar las sumas que aumenten o disminuyan tal capital".

La defensa que ahora propone el ejecutado fúndase como se ve en circunstancias que aunque no contempló el Consejo de Estado pudieron sin embargo proponérsele ya que su acaecimiento fue anterior al respectivo juicio contencioso-administrativo, fallado en sentencia de 5 de agosto de 1938.

En síntesis consiste en que el señor Gómez entregó a la nación un sobrante de sus cuentas por $ 106,268.46, en la fecha de la entrega de la oficina a su cargo, suma que la contraloría ordenó consignar en la tesorería general de la república y abonar definitivamente a Hacienda Nacional; de manera que este sobrante, cuyo análisis está por hacer para determinar sus causas, demuestra que el responsable sí le dio entrada en sus cuentas a la cantidad por la cual se le ejecuta, la que en todo caso no ha salido de las cajas nacionales.

Se trata así de un hecho que en la forma en que hoy se le propone a la Corte, bien hubiera podido plantearse ante el Consejo de Estado, y que si se omitió hacerlo, fue debido a la deficiente defensa del demandado en el proceso administrativo. El Consejo de Estado alcanzó a columbrar el hecho, pero no pudo examinarlo por la insuficiencia de las pruebas. Tal cosa se infiere de los siguientes apartes de su fallo:

"Mas no ocurre lo propio con la partida de $ 11,965 que el responsable afirma conservó en dinero, en su poder, tanto durante el mes de la cuenta como varios meses después, hasta cuando, por orden del Visitador de la Contraloría General dice que la consignó en la Tesorería como

depósito a la orden. A pesar de las investigaciones hechas para verificar su efectivo reintegro al Tesoro Nacional, los certificados emanados de la Contraloría y las alegaciones del recurrente, son incompletos".

. . . . . .

"Es verdad también que el responsable de la cuenta, acatando órdenes del Visitador hizo tres depósitos a su orden en la Tesorería General de la República por las cantidades de $ 48,948.39; $ 2,000; y $ 7,662.25, en distintas fechas y como procedentes de dineros pertenecientes al fondo rotatorio de los Comisariatos. La explicación que da el apelante es muy atendible, acerca de que dentro de esas tres partidas está incluida la de los $ 11,695 indagados.

"Pero es preciso tener en cuenta que se carece de una copia del movimiento general de la cuenta de fondos rotatorios de Comisariatos, y su balance general, únicos elementos que comprobarían, a falta de un asiento independiente, que no existió, que la suma cargada en este fenecimiento sí fue incluída realmente entre las consignaciones hechas por el señor Gómez Ortiz. Es probable que la omisión del asiento especial para esta partida haya sido involuntaria y también que ella no llegue a perjudicar los derechos del recurrente, quien bien podría suplirla con el estudio del movimiento completo de la cuenta durante los diez y ocho meses trascurridos entre el de la cuenta y el de la primera y más voluminosa consignación. Pero mientras esto no se haga, el alcance no puede levantarse, pues ninguno de los documentos allegados al proceso autorizarían en forma satisfactoria semejante decisión".

¿Será posible ante la justicia ordinaria examinar y decidir acerca de la misma materia que ya fue fallada y sentenciada por lo contencioso administrativo? ¿O, en otros términos, podrá hoy la Corte revisar el fallo del Consejo de Estado, desconociendo su contenido a base de nuevos factores probatorios que una inhábil defensa no supo aprovechar en el debate ante dicha entidad?

De ningún modo. Ello sería atentatorio del carácter de cosa juzgada de que están revestidas las sentencias de los tribunales administrativos, consagrado por el artículo 93 de la ley orgánica de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Esta disposición se explica, porque los tribunales administrativos ejercen también funciones judiciales, desde luego que su misión consiste en una revisión judicial de los actos administrativos. De ahí que la jurisdicción contenciosa-administrativa, según lo enseña la doctrina, constituye esencialmente una rama de la jurisdicción, del mismo rango de la jurisdicción civil o penal. De manera que sus decisiones son acreedoras al respeto que se tributa a las de los jueces civiles o penales. La cosa juzgada en la jurisdicción administrativa obedece al mismo principio que la impone en las otras jurisdicciones y persigue idéntico interés de seguridad jurídica: lo que haya sido juzgado una vez no debe volver a ser objeto de actuaciones procesales. Las relaciones de las partes entre sí quedan ordenadas en definitiva por la sentencia ejecutoriada, de tal manera que es imposible provocar de nuevo la discusión sobre la cuestión de hecho o de derecho, porque eso iría contra la estabilidad de las relaciones jurídicas y la seriedad de las decisiones del órgano del poder público encargado de desatar los litigios entre los particulares o entre los particulares y el Estado.

En ningún orden de decisiones con autoridad de cosa juzgada ésta se quiebra para darle entrada a un nuevo proceso ante la consideración de mejorar la posición defensiva del reo mediante el aporte de nuevos elementos probatorios que hagan cambiar el resultado del primer fallo. Porque este motivo de orden sentimental iría a fomentar la negligencia de las partes con respecto al cumplimiento de la obligación legal y moral que sobre cada una de ellas pesa de presentarle al juez

todos los elementos de convicción necesarios que estén al alcance. Negligencia que daría base para sucesivos e indefinidos litigios que harían completamente nugatoria la administración de justicia.

El recurso de revisión de sentencias ejecutoriadas en materia civil (artículo 542 del C. J.), se funda sobre casos de excepcional gravedad, en que la parte interesada ha estado jurídicamente imposibilitada para defenderse y que en manera alguna le dan entrada a una deficiente defensa en el primer litigio: se trata siempre de circunstancias que han sobrevenido después del fallo y que por ende no pudieron entonces ser conocidas ni alegadas.

Entre nosotros no existe el recurso de revisión por parte de la justicia ordinaria de sentencias pronunciadas por los tribunales de lo contencioso-administrativo. Al contrario el artículo 93 del Código Contencioso (Ley 130 de 1913) expresamente le veda a los tribunales ordinarios revisar los fallos de aquellos tribunales. Esto tiende a conservar el funcionamiento armónico y ordenado de dos jurisdicciones distintas que operan cada una en su respectiva órbita, y que no se interfieren sino en los casos raros en que por necesidades de distinto orden el legislador lo permite.

Por lo tanto la pretensión del excepcionante es inadmisible. En ello está también de acuerdo el señor procurador delegado en lo civil.

Por último cabe advertir que la doctrina de la Corte no va más allá de negarle facultad a la justicia ordinaria para sentenciar sobre lo que haya sido ya juzgado por los tribunales contencioso-administrativos. Observación que se hace para que no se piense que esa doctrina le agota al interesado hasta los simples recursos de orden administrativo ante las autoridades respectivas, previstos por la ley o los reglamentos, o impuestos por los simples dictados de la justicia, en virtud de la cual el Estado como cualquier particular está obligado a ajustarse a la verdad y a la buena fe en sus relaciones jurídicas, so pena de hacerse responsable de los daños que con una actitud contraria ocasione.

Así por ejemplo, en el presente caso el Estado, por el órgano de la contraloría general de la república, está comprometido a aclarar prontamente la situación del señor Gómez Ortiz en cuanto al sobrante en sus cuentas de los $ 106,268.46 de que da testimonio la misma contraloría, saldo que no obstante el tiempo trascurrido permanece todavía sin analizar. Sería irritante, y por ende contrario a los intereses del Estado, que en su nombre se persiga el pago de una suma de dinero que a la postre, por los datos que suministre una investigación tardía, resulte que el deudor no la debe.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que carece de facultad legal para examinar los hechos propuestos como excepción.

Sin costas el incidente de excepciones.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Juan A. Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXEPCIONES

La excepción perentoria a que da lugar el incidente de excepciones del juicio ejecutivo tiene que originarse siempre en los hechos a que alude el artículo 329 del C. J., que ataquen el fondo mismo del derecho reclamado por el ejecutante, y no en vicios de procedimiento que dan lugar a consecuencias distintas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

La recaudación de hacienda nacional del Valle del Cauca libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de "Laboratorios del Pacífico, S. A." por la cantidad de $ 751.79 en razón de impuesto sobre la renta deducido a dicha sociedad por el año de 1936. La ejecución se le notificó al señor Antonio Marulanda como gerente de la sociedad.

Inmediatamente éste presentó un memorial alegando como excepción la ilegitimidad sustantiva de la personería de la entidad demandada; dice que funda la excepción en lo siguiente:

"No aparece en el expediente del juicio ejecutivo el documento que acredite la existencia de la firma ejecutada, ni tampoco aquel en que se compruebe el carácter de Gerente o representante de ella. Para iniciar un juicio ejecutivo bien sea por la vía judicial o por la coactiva, se hace indispensable, antes de librar el mandamiento ejecutivo, allegar los documentos necesarios para comprobar la existencia de la sociedad demandada, así como también el carácter de su representante o gestor".

El expediente vino a la Corte para la tramitación y estudio del incidente. Agotado lo primero incumbe ahora a la Corte verificar el estudio a que haya lugar.

El hecho exceptivo como se ve no tiende a desvirtuar la obligación. Se basa en un vicio de procedimiento originado en nulidad por el ordinal 2º del artículo 448 del C. J., pues aun cuando el memorialista habla de ilegitimidad sustantiva de la personería, la tal ilegitimidad en la forma en que se enuncia es adjetiva, por referirse a la representación de quien está obrando en juicio a nombre de la entidad ejecutada.

La excepción perentoria a que da lugar el incidente de excepciones del juicio ejecutivo tiene que originarse siempre como lo dice el artículo 329 del C. J. en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. Deben ser por consiguiente hechos que ataquen el fondo mismo del derecho reclamado por el ejecutante.

En el presente caso no se trata de eso sino de la invocación de un vicio de procedimiento que da lugar a consecuencias especiales, y que de existir obligaría al juez a declarar nulo el procedimiento, mediante el lleno de las formalidades previstas en el artículo 455 del C. J.

En el término de prueba del incidente el señor procurador delegado en lo civil allegó al proceso un certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cali en el cual consta que el 24 de enero de 1936 y por escritura número 89 otorgada en la notaría 2ª del circuito de Cali se constituyó la sociedad denominada "Laborato

rios del Pacífico, S. A.", habiéndose designado al señor Antonio Marulanda como gerente de ella, el cual por reelección, ejercía las mismas funciones el 9 de junio de 1938, fecha en que se le notificó el auto ejecutivo.

De consiguiente si bien fue cierto que el auto ejecutivo se libró sin cerciorarse el juez, con la prueba correspondiente, de la existencia de la sociedad ejecutada y de la representación que tuviera como gerente el señor Marulanda, esta irregularidad ha venido a quedar subsanada con el advenimiento al juicio del comprobante de tal existencia y representación. En estas condiciones el juicio no adolece de ninguna nulidad procesal que pudiera dar lugar a la aplicación del artículo 455 de la obra citada. Queda demostrado en el juicio que la sociedad ejecutada existe y que su representante legal es el señor Marulanda.

Por las consideraciones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probada la excepción que el ejecutado hizo valer en el respectivo memorial.

Sin costas.

Juan A. Donado—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

JUICIO DE VENTA DE BIENES HIPOTECADOS—CESION DE CREDITOS HIPOTECARIOS

1.—Ha sido jurisprudencia constante de la Corte que para ceder un título hipotecario no hay necesidad del otorgamiento de escritura pública. Basta la entrega del crédito con las formalidades que se exigen para la cesión de los derechos personales. Con ella entra el cesionario en el goce de los privilegios, fianzas e hipotecas, como lo dispone el artículo 1964 del Código Civil. — 2.— Los créditos son necesariamente personales aun cuando estén garantizados con hipoteca. Perfeccionada la cesión de un crédito personal, ella lleva "ipso jure" el traspaso de la hipoteca u otro derecho real accesorio de aquel crédito. La cesión de un crédito asegurado con hipoteca anotada no necesita anotarse de nuevo por razón de ésta, pues lo que se cede es la acción principal, o sea, el derecho a percibir y cobrar el dinero, cosa mueble: y a esta acción o derecho personal, principal, sigue la seguridad hipotecaria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

El doctor Carlos Bernal Latorre, obrando en su doble carácter de secuestre para que fue designado en el ejecutivo que la Corporación Colombiana de Crédito adelanta contra el general Ruperto Aya, y de apoderado del mismo General, pidió al Tribunal Superior de Bogotá que se sirviera decretar la venta en pública subasta de los dos lotes de terreno cuya situación y linderos se expresan adelante, para que con el producto de la venta se pague a su poderdante, como cesionario de la señora María Correa de Aya, lo siguiente:

a) el valor de cuarenta y seis cuotas trimestrales de a novecientos dos pesos con cincuenta y dos centavos ($ 902.52) m/l. cada una, o sean, las comprendidas a partir del 8 de mayo del año de 1927 hasta el día 8 de noviembre del corriente año de 1938, lo que da un total de $ 41,515.92 m/l. Esto en cuanto hace relación al precio de venta del primer lote, o sea, del lote de que tratan las cláusulas primera y segunda de la escritura de hipoteca número 754 de 8 de marzo de 1927, de la Notaría 2ª de Bogotá, en relación con la número 812 de 14 de mayo de 1918, de la misma Notaría;

b) De los respectivos intereses de estas cuotas vencidas, a razón del uno por ciento (1 por 100) mensual, conforme se estipuló en la cláusula segunda de la citada escritura número 754, hasta cuando se verifique el pago de tales cuotas;

c) de la cantidad de $ 15,312.00 m/l. saldo de capital del precio de venta del aludido lote, cuya venta fue hecha por la cantidad de $ 30,573.75 m/l., y que haciendo el cómputo de las costas pagadas y de las 46 cuotas mencionadas en la letra a) queda el referido saldo de $ 15,312-00 m/l., con lo cual queda cubierto el precio del primer lote, en los términos y condiciones expresados en la citada cláusula segunda de la escritura número 754;

d) finalmente, de la cantidad de $ 6,920.35 m/l., suma ésta que se descompone así: la suma de $ 6,317.64 m/l. valor de siete cuotas de a $ 902.52 m/l. cada una, más la cantidad de $ 602.71 m/l. de la octava cuota y que corresponden a cuotas vencidas, es decir, a las comprendidas entre el 24 de mayo de

1927 y el 24 de mayo de 1929; con sus correspondientes intereses de demora, al tenor de lo pactado en la cláusula quinta de la mencionada escritura número 754. Estas cuotas hacen relación a parte del precio del segundo lote, es decir, a la venta del terreno a que se refieren las cláusulas cuarta y quinta de la tal escritura número 754.

El demandante se reservó el ejercicio de la acción personal; designó como demandado al Departamento de Cundinamarca, representado por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, y expuso como fundamento de su demanda, estos hechos:

"1º Conforme aparece de la escritura número 812 de 14 de mayo de 1918, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, la señora Hersilia Manrique de Currea vendió a la sociedad "Hijos de Leopoldo Pombo" un lote de terreno que hacía parte de la finca denominada 'La Estanzuela', situada en el área de la ciudad de Bogotá. Este lote mide 7,258 metros cuadrados, o sean, 11,340 varas cuadradas, excluyendo las zonas cedidas para calles.

"2º El precio de esta venta fue la cantidad de $ 38,877.00 m/l. pagaderos en 12 años, contados desde la fecha de dicha escritura número 812, en cuotas semestrales vencidas, cada una de valor de $ 2,319.01 m/l., o sean veinticuatro cuotas.

"3º Para el caso de mora en alguno o algunos contados, el comprador se obligó a reconocer intereses sobre el contado o contados pendientes a la rata del uno por ciento mensual, sin perjuicio del cobro judicial y el pago de las costas.

"4º El comprador para seguridad de todas sus obligaciones hipotecó a la vendedora Manrique de Currea, el mismo globo de terreno objeto de la compraventa.

"5º Tal escritura número 812 fue adicionada por la número 851 de 24 de marzo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá, pero únicamente en el sentido de pagar el precio no en 24 contados como se había estipulado, sino en doce anualidades vencidas e iguales cada una de valor de $ 4,638.02 m/l., quedando en todo lo demás vigente la citada escritura número 812.

"6º Posteriormente y según aparece de la escritura número 314 de 8 de febrero de 1926, de la misma Notaría segunda, la sociedad denominada 'Jabonería y Perfumería Pombo' vendió a la compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente un lote de terreno, de 5670 varas cuadradas, que hacía parte del globo de terreno denominado 'La Estanzuela' y el cual había comprado a la nombrada señora Manrique de Currea y lote éste que quedó determinado atrás. Conforme se dijo en la parte final de la cláusula segunda de la mencionada escritura número 314, este lote es exactamente la mitad de lo comprado por la escritura número 812 tantas veces citada.

"7º El precio de esta venta fue de $ 30,373.75 m/l., pagaderos como parte de pago, al adjudicatario en la sucesión de la nombrada señora Hersilia Manrique de Currea, del crédito hipotecario constituído por la referida escritura número 812, y pago éste que debía verificarse así: $ 373.75 m/l. de contado, y el resto en 18 años contados desde la fecha de la citada escritura número 314, por cuotas trimestrales vencidas de a $ 902.52 m/l. cada una, es decir, en los términos y condiciones estipulados en la cláusula tercera de dicha escritura número 314.

"8º Igualmente, la misma compañía 'Jabonería y Perfumería Pombo' por medio de la escritura número 2080 de 24 de agosto de 1926, de la Notaría 2ª de Bogotá, vendió la otra mitad del lote de terreno a la misma sociedad del Tranvía y Ferrocarril de Oriente, o sea, un lote de terreno que formaba parte de la finca denominada 'La Estanzuela', lote de 5670 varas cuadradas y alinderado conforme se dijo atrás.

"9º El precio de esta venta fue de $ 30,373.75 m/l., pagadero, como pago de

saldo, al adjudicatario en la sucesión de la prenombrada señora Manrique de Currea, del aludido crédito hipotecario constituído por la escritura número 812 tantas veces citada y pago éste que debía hacerse así: $ 373.75 m/l. de contado y el resto en 18 años, por cuotas trimestrales vencidas representativas del 12 por 100 anual sobre el capital, o sean, cuotas de a $ 902.52 m/l. cada una, es decir, en los términos y condiciones, estipulados en la cláusula tercera de la susodicha escritura número 2080.

"10º Después, por escritura número 2390 de 17 de noviembre de 1934, de la misma Notaría 2ª, se llevó a cabo la liquidación de la Compañía del Tranvía y Ferrocarril de Oriente y en esta liquidación se le adjudicó al Departamento de Cundinamarca el lote de terreno compuesto de los dos lotes relacionados atrás y que está gravado con la hipoteca que ahora se cobra. Por medio de esta escritura el Departamento se hizo cargo del pasivo de dicha compañía, especialmente del crédito hipotecario constituído originariamente a favor de la supracitada señora Hersilia Manrique de Currea, adjudicado en la mortuoria de ésta a la señora María Currea de Aya y cedido por ésta al General Ruperto Aya.

"11º En virtud de haber muerto la primitiva acreedora señora Hersilia Manrique de Currea, dicho crédito hipotecario fue adjudicado a la señora María Currea de Aya, conforme puede verse de la respectiva mortuoria protocolizada por medio de la escritura número 279 de 11 de febrero de 1927 de la Notaría 4ª de Bogotá.

"12º Según consta de la escritura número 754 de 8 de marzo de 1927, de la Notaría 2ª de Bogotá, suscrita entre todos los interesados, en ese entonces, del referido crédito hipotecario, se convino expresamente en lo siguiente: a) En obligarse, como en efecto se obligó la Compañía Tranvía y Ferrocarril de Oriente a pagar el crédito hipotecario que grava los dos lotes atrás relacionados, en los términos y condiciones que se dejaron sentados en las escrituras números 812, 314, y 2080 ya mencionadas; b) En declarar libre de toda responsabilidad con respecto al pago del aludido crédito, al primitivo deudor, o sea, a la 'Jabonería y Perfumería Pombo'; pero quedando vigentes en todas sus partes las estipulaciones consignadas en las escrituras últimamente citadas; y c) En manifestar el General Ruperto Aya, que por cuenta del precio de la venta del primer lote, es decir, al que hace alusión la mencionada escritura número 314, recibió la cuota inicial de valor de $ 373.75 m/l. y el valor correspondiente a cinco cuotas trimestrales quedando, por tanto, éstas pagas hasta el día 8 de mayo de 1927; y por cuenta del precio de la venta del otro lote, es decir, al que se refiere la citada escritura número 2080, recibió también la cuota inicial de $ 373.75 m/l. y el valor correspondiente a tres cuotas trimestrales, quedando, pues, éstas pagas hasta el 24 de mayo de 1937.

"13. Para el caso de mora, se pactó un interés moratorio del 12% anual, sin perjuicio del cobro judicial de la totalidad del crédito hipotecario.

"14. Conforme aparece de la nota de cesión puesta al pie de la referida escritura número 754, la adjudicataria de este crédito hipotecario señora María Currea de Aya, se lo traspasó al General Ruperto Aya, en virtud de cesión hecha el 15 de septiembre de 1934.

"15. Este traspaso fue notificado judicialmente al doctor Parmenio Cárdenas el día 21 de septiembre de 1937, quien desempeñaba en ese entonces las funciones de Gobernador del Departamento de Cundinamarca.

"16. Del precio de la venta del primer lote se están debiendo 46 cuotas vencidas, es decir, las comprendidas del día 8 de mayo de 1927 al 8 de noviembre del corriente año de 1939.

"17. Igualmente, se están debiendo los intereses correspondientes de estas cuotas, a partir de las fechas de los respec-

tivos vencimientos, hasta cuando se verifique el pago.

"18. Acerca del precio de la venta del otro lote y para cancelar totalmente el crédito hipotecario que ahora se demanda, solamente se cobran siete cuotas vencidas, más la cantidad de $ 602.71 m/l. de la octava cuota, o sean, las cuotas comprendidas entre el 24 de mayo de 1927 y 24 de mayo de 1928.

"19. También se están debiendo los intereses respectivos de estas cuotas, a partir de las fechas de sus respectivos vencimientos hasta cuando se verifique el pago.

"20. Este crédito hipotecario, hoy día de propiedad del General Ruperto Aya, fue embargado en la ejecución que la Corporación Colombiana de Crédito adelanta contra dicho General Aya, en el Juzgado 1º de este Circuito, y

"21. En este juicio ejecutivo, el suscrito fue designado secuestre del crédito hipotecario que ahora se cobra, entregándoseme por el Juzgado el respectivo título donde consta la hipoteca en referencia".

Acompañó a su libelo los documentos allí mencionados.

El Tribunal en consideración a que el título exhibido como recaudo, y en el que consta el gravamen hipotecario, presta mérito ejecutivo a tenor del artículo 982 del C. J., y a que el certificado de tradición que obra en autos satisface las exigencias legales, procedió en auto de fecha 5 de diciembre de 1938, de conformidad con el artículo 1189, ibídem, dando traslado de la demanda al demandado en la persona de su representante legal, el señor Fiscal, por el término de tres días, y decretando el embargo de los bienes dados en garantía.

Como el representante del Departamento de Cundinamarca se opuso a las condonaciones pedidas, el Tribunal abrió a pruebas el juicio. Vencido el término probatorio, la misma entidad dictó la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1939, por la cual se decreta la venta en pública subasta de los lotes de terreno individualizados en la demanda, a fin de que con su producto se pague al señor Ruperto Aya la cantidad de sesenta y tres mil setecientos cuarenta y ocho pesos veintisiete centavos moneda corriente ($ 63,748.27), saldo del crédito hipotecario a que se refieren las escrituras públicas números 812 de 14 de mayo de 1918, 314 de 8 de febrero y 2080 de 24 de agosto de 1926 y 754 de 8 de marzo de 1927, otorgadas todas en la Notaría segunda de esta ciudad; más los intereses del uno por ciento mensual sobre la parte de capital incluído en cada una de las cuotas de amortización vencidas y no pagadas, desde que cada cuota se hizo exigible hasta el día en que se verifique el pago, todo de conformidad con la correspondiente tabla de amortización.

Esa sentencia fue apelada por el señor Fiscal 2º del Tribunal, y como le fue otorgado el recurso, subieron los autos a la Corte para que en la Sala de Negocios Generales se determine lo que sea legal.

Reconoce el señor Fiscal la existencia de la obligación a cargo del Departamento de Cundinamarca y que consta en la escritura número 2390 de 17 de noviembre de 1934, pero abriga dudas sobre el derecho que asista al cesionario Ruperto Aya para exigir el pago. Quiere, dice, que estudiadas las observaciones que fundamentan su oposición, se resuelva en el fallo de que trata el artículo 1191 del Código Judicial, si tal pago puede y debe hacerse al demandante.

Es, pues, necesario analizar los reparos hechos por el señor Fiscal 2º del Tribunal, en su memorial de oposición.

1º Que no está probado el carácter de secuestre con que demandó el señor Bernal Latorre. Sí lo está, observa la Corte, cual puede verse en el cuaderno de prueba número 2, fl. 4 vto. Además, el señor Bernal Latorre obró también en su condición de apoderado del General Ruperto Aya. Carece, pues, de fundamento ese primer reparo.

2º El doctor Bernal Latorre —dice el

señor Fiscal — ha presentado el poder del señor Ruperto Aya para demandar a nombre suyo, pero el derecho que el Sr. Aya tenga para esta demanda depende del valor legal que tenga la cesión hecha a su favor, por pago íntegro del valor del crédito hipotecario cedido, el día 15 de septiembre de 1934, por la señora María Currea de Aya.

"Y tenemos, en primer término, que la tradición de los derechos de hipoteca se debe efectuar por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos (artículo 756 del C. C.) Y aceptando que pueda hacerse por simple nota de cesión en la copia de la escritura de hipoteca, en el presente caso no se hizo así, pues la escritura constitutiva de la hipoteca que grava los dos lotes de que trata este juicio especial de venta del bien hipotecado es la número 812 de 14 de mayo de 1918, Notaría 2ª de Bogotá, y pueden hasta considerarse también constitutivas de hipoteca las número 314 de 8 de febrero de 1926 y número 2080 de 24 de agosto de 1926, pero nó la número 754 de 8 de marzo de 1927, que es una escritura de simples declaraciones, sin más objeto legal y práctico que declarar libre de responsabilidad en el pago del crédito hipotecario a la sociedad 'Jabonería y Perfumería Pombo'. Tanto es así que no podría dictarse mandamiento ejecutivo, al tenor del artículo 982 del C. J., habida consideración, por sí sola de ella.

"Si esto fuere así, tenemos en segundo término, otra consideración de importancia primordial. La hipoteca, artículo 2443 del C. C., no puede tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves. La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas, artículo 964, ibídem. La hipoteca es un derecho real, determina el artículo 665, ibídem, y por ser un derecho real nace de él la acción real sobre el bien hipotecado. Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, establece el artículo 667, ibídem, y, de consiguiente, el derecho real de hipoteca, es un derecho inmueble".

Observa la Sala:

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte que para ceder un crédito hipotecario no hay necesidad del otorgamiento de escritura pública. "Basta — ha dicho la Corte — la entrega del título del crédito con las formalidades que se exigen para la cesión de los derechos personales. Con ella entra el cesionario en el goce de los privilegios, fianzas e hipotecas, como lo dispone el artículo 1964 del Código Civil".

Ahora, si bien es cierto que la hipoteca y la prenda son derechos reales, tales derechos tienen el carácter de accesorios de un derecho personal, y como tales no pueden subordinar a la obligación principal, sino por el contrario, le están subordinados. Si para la cesión de la obligación principal, pagar una suma de dinero, no se necesita escritura, no se ve cómo pueda exigirse para la cesión de lo que es accesorio, de lo que no puede subsistir por sí solo, como es el derecho hipotecario.

El accesorio sigue la suerte y naturaleza del principal, reza el aforismo; y lo que sustenta el señor Fiscal constituye la inversión de esa sabia máxima.

Para ilustrar el punto en examen conviene reproducir aquí la jurisprudencia sentada por la Corte:

"No existen créditos reales; el calificativo real dado a un crédito es inadmisible. Los créditos son necesariamente personales aun cuando estén garantizados con hipoteca. Es, pues, indudable que perfeccionada la cesión de un crédito personal, ella lleva ipso jure el traspaso de la hipoteca u otro derecho real accesorio de aquel crédito".

"La cesión de un crédito asegurado con hipoteca anotada no necesita anotarse de nuevo por razón de ésta, pues lo que se cede es la acción principal, o sea el derecho a percibir y cobrar el dinero, cosa mueble; y esta acción o derecho per-

sonal, principal, sigue la seguridad hipotecaria". (Casación, 17 de julio de 1890).

"La cesión de un crédito hipotecario puede hacerse por una simple nota privada, como lo ha sostenido siempre la Corte. La razón de esta última doctrina es la siguiente: a) Que no existe disposición especial que obligue a hacer la cesión de un crédito hipotecario por escritura pública, y b) Que no existiendo tal disposición se aplica la general de que trata el artículo 1964 del C. C. que enseña que la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas y la cesión del crédito se hace de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. La doctrina de la Corte, rigurosamente ceñida a la ley, tiende además a un fin práctico: la trasmisión de los créditos hipotecarios sin que ella obedezca a demasiadas formalidades, que sin agregar de por sí mayor seguridad, perjudican el movimiento del comercio y dificultan las transacciones". (Casación, noviembre 3 de 1937).

Tercer reparo. — Que la cesión hecha por la señora María Currea de Aya al General Ruperto Aya es nula, de nulidad absoluta, conforme al artículo 3º de la Ley 28 de 1932 que sanciona en esa forma todo contrato entre cónyuges, relativo a inmuebles, y que por consiguiente, el prenombrado General carece de acción para promover este juicio.

Falla de fundamento, como los anteriores.

Aquí el contrato que implica la cesión no se refiere propiamente a un inmueble; pues como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, lo que se cede es el crédito, bien mueble que arrastra o lleva consigo el derecho de hipoteca.

Cuarto reparo. — Que la nota de cesión no fue puesta en la escritura constitutiva de la hipoteca, la 812 atrás mencionada, sino en la número 754 también citada arriba, que es — se dice — una escritura de simples declaraciones.

Como lo anota la sentencia apelada el traspaso se hizo constar precisamente al respaldo del instrumento por medio del cual, con reserva del gravamen hipotecario, se novó sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre (artículo 1690, ordinal 3º, del C. C.), la primitiva obligación".

No falta, pues, el requisito que echó de menos el señor Fiscal.

La observación que hace el Tribunal de primera instancia, de que los intereses moratorios estipulados han de limitarse a los que corresponden a la parte de capital de cada cuota, según la tabla que se dice fue protocolizada al suscribirse los correspondientes contratos, es acertada y por ello la Sala la acoge.

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 CONFIRMA el fallo apelado.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en pdd.

EXCEPCIONES — ALCANCES DEFINITIVOS

1. Desde la vigencia de la Ley 42 de 1923 ningún funcionario público, distinto del Contralor General de la República, tiene facultad legal para intervenir en el examen de cuentas provenientes del manejo de fondos de la Nación, ni mucho menos para deducir alcances definitivos a favor del erario nacional. — 2. Solamente los *alcances definitivos*, es decir, los que se producen como resultado de un juicio de cuentas seguido ante los funcionarios competentes contra los responsables del manejo de fondos públicos, son los que pueden fundamentar debidamente el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, cuando el crédito procede de un *alcance*.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Con fecha 21 de septiembre del año de 1928 el señor Juez Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales de la Nación, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra los señores Luis J. Franco, como responsable principal y directo del alcance de $ 5,131 de que trata la Resolución número 5 del 24 de abril del mismo año, proferida por el Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, Sección Segunda, y Gustavo Franco, como poseedor de los derechos hipotecados en la escritura número 929 de fecha 30 de marzo de 1927, de la Notaría Primera de Bogotá, para responder de ese alcance.

El señor Gustavo Franco propuso en el juicio un memorial de excepciones, de las que está conociendo la Corte, de acuerdo con la ley. Agotada la sustanciación del incidente a la Sala le corresponde dictar el fallo que le ponga término.

1. Base de la ejecución

La ejecución tiene por base lo siguiente:

Por escritura pública número 929 de fecha 30 de marzo del año de 1927, extendida en la notaría primera de Bogotá, los señores Luis J. Franco, Gustavo Franco y Edmundo Merchán, obrando este último en su carácter de superintendente del Ferrocarril Central del Norte y en nombre de la Nación, convinieron en lo siguiente:

"Primero. Que habiendo estado el señor Luis J. Franco desempeñando el puesto de Cajero Pagador del Ferrocarril Central del Norte (Sección Segunda) y habiéndose presentado al entregar sus cuentas una diferencia de cinco mil ciento treinta y un pesos ($ 5,131) entre el saldo que arroja la cuenta de caja del Libro Mayor de la empresa en treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiséis (1926) y la cuenta del Banco de la República cortada en la misma fecha, el señor Luis J. Franco se compromete a cubrir totalmente tal diferencia y cualquiera otra que resultare en su contra al Gobierno Nacional, dentro del término de ocho (8) meses si al hacer un estudio detenido de las cuentas no resulta la explicación legal y completa de tal diferencia. El estudio de estas cuentas debe ser hecho por el mismo señor Franco en colaboración con el contador de la empresa y él

no podrá durar más de los ocho (8) meses referidos; se advierte que este plazo se concede a Franco por haber manifestado que tiene en su poder documentos que le permitirán, relacionándolos con los que existen en los archivos de la empresa, aclarar el asunto.

"Segundo. Que para garantizar las sumas a que se hace referencia en la cláusula anterior, el señor Gustavo Franco hipoteca a favor del Gobierno Nacional el derecho de dominio proindiviso que tiene de la tercera parte del derecho que a su finada madre, la señora Inés Franco de Franco correspondió como heredera del señor Paulino Franco en la hacienda de Santa Marta de Corrucha, situada en jurisdicción del municipio de Paime y comprendida dentro de los siguientes linderos....."

Además de los derechos anteriores el señor Gustavo Franco hipotecó otros. La escritura y los gravámenes allí constituídos fueron aceptados por el señor Edmundo Merchán en nombre del Gobierno Nacional.

Por Resolución número 5 del 24 de abril de 1928 el mismo superintendente del ferrocarril, doctor Merchán, considerando que había vencido el plazo otorgado en la escritura sin que Franco hubiera pagado ni justificado el alcance de que ella habla, ordenó lo siguiente:

"Artículo único. Exíjase al señor Luis J. Franco el pago de los $ 5,181 que se le dedujeron como alcance al entregar sus cuentas de Cajero Pagador de la empresa y de no hacerlo inmediatamente pásese este asunto a un juez nacional de ejecuciones fiscales para que proceda al cobro de la suma debida".

El 26 de junio del mismo año el superintendente se dirigió al juez nacional de ejecuciones fiscales remitiéndole la resolución anterior y la copia de la escritura hipotecaria, y le dio la orden de iniciar la ejecución contra los responsables. El juez, basado en esta actuación, dictó el mandamiento de pago con que se inició el proceso.

2. Las excepciones

El ejecutado Gustavo Franco propone varios hechos en calidad de excepciones, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: el primero, encaminado a discutir la validez y eficacia de la caución hipotecaria por ausencia de determinados requisitos de fondo; y el segundo, dirigido a negarle a la resolución del superintendente del ferrocarril fuerza legal suficiente para fundamentar el título ejecutivo que se necesita en las ejecuciones con jurisdicción coactiva.

Para la Sala el segundo grupo de hechos exceptivos conducen obviamente a demostrar una excepción perentoria, en virtud de la cual la presente ejecución en lo relacionado con el excepcionante señor Franco no puede continuar adelante.

Consiste la excepción propuesta, en síntesis, en que la resolución del superintendente del ferrocarril es inválida jurídicamente por estar en pugna con lo dispuesto en varias disposiciones de la Ley 42 de 1923, orgánica de la Contraloría General de la República, y con los reglamentos expedidos por esta dependencia, sobre el juicio fiscal de cuentas. El mentado superintendente carece de toda facultad para deducir alcance o responsabilidad fiscal contra ningún funcionario del erario, pero aun suponiéndole esa facultad, para la deducción del alcance no fueron observadas las prescripciones legales que gobiernan el juicio fiscal de cuentas. De consiguiente la resolución del superintendente no es auto de fenecimiento definitivo y por lo tanto no presta mérito ejecutivo ni es de los documentos enumerados en las disposiciones del Código Judicial, vigentes cuando se promovió la ejecución.

Se considera:

Desde la vigencia de la Ley 42 de 1923 ningún funcionario público, distinto del Contralor General de la República, tiene facultad legal para intervenir en el examen de cuentas provenientes del manejo de fondos de la Nación, ni mucho menos

para deducir alcances definitivos a favor del erario nacional. El artículo 6º de la mencionada ley es terminante, dice:

"El Contralor General tendrá competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación, en lo relativo al examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones, de cualquier naturaleza, a cargo o a favor de la República, derivados de la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional, y en todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas de la Nación, la conservación de los comprobantes y el examen e inspección de los libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas. Lo dispuesto en este artículo no obsta para que los empleados administrativos puedan exigir a sus subalternos los informes y cuentas que a bien tengan y para hacerles las observaciones que estimen conducentes al buen servicio".

En armonía con esta disposición está el artículo 16 de la misma ley, en virtud del cual el Contralor deberá efectuar la revisión y fenecimiento de las cuentas de todas las personas que manejan caudales del tesoro público.

Y para facilitar la función del Contralor, entre sus atribuciones principales cuéntase la de prescribir los reglamentos que han de gobernar el modo de rendir las cuentas los empleados obligados a ello (artículo 12, ibídem, reformado por el 2º de la Ley 37 de 1925). Al efecto la Contraloría ha venido efectuando las reglamentaciones del caso.

De consiguiente, la resolución dictada por el superintendente del ferrocarril, base de ejecución, carece de valor legal, porque dicho empleado no tenía, a la fecha en que la resolución fue dictada, ni la ha tenido después, facultad para intervenir en el examen de las cuentas del cajero de la empresa, ni para deducir ningún alcance en contra de los responsables del manejo de los fondos nacionales pertenecientes a la misma. Su función estaba limitada a tomar nota del alcance y a comunicarlo inmediatamente a la Contraloría para que esta entidad hubiera tomado las providencias de rigor.

El ordinal primero del artículo 1096 del Código Judicial anterior al actual le daba mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva "a los alcances definitivos deducidos contra los responsables del erario", por los funcionarios llamados a examinar las cuentas. Hoy rige el mismo principio por virtud del ordinal 1º del artículo 1059 del nuevo estatuto de procedimiento judicial. De manera que solamente los alcances definitivos, es decir, los que se producen como resultado de un juicio de cuentas, seguido ante los funcionarios competentes, contra los responsables del manejo de fondos públicos, son los que pueden fundamentar debidamente el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, cuando el crédito procede de un alcance.

En el presente caso está demostrado con las pruebas traídas al proceso durante el término de prueba de las excepciones, que la Contraloría con posterioridad a lo actuado por el superintendente del ferrocarril siguió el correspondiente juicio de cuentas contra Luis J. Franco precisamente por razón de sus manejos como cajero del ferrocarril, juicio en el cual fue objeto de examen la partida de $ 5,131. Ese juicio terminó con el siguiente auto de fenecimiento, distinguido con el número 3549: "Por lo expuesto, se fenece la cuenta del Ferrocarril Central del Norte — Sección 2ª — correspondiente al mes de marzo de 1924, con alcance de cinco mil ciento treinta y un pesos ($ 5,131) a cargo del responsable, señor Luis J. Franco".

Esta resolución fue declarada ejecutoriada, según auto de 17 de agosto del año próximo pasado, en el cual se ordenó pasar copias de las respectivas resoluciones al juez de ejecuciones fiscales. Copias que en efecto se remitieron el 19 de

enero del año en curso, según la constancia dejada en el juicio de cuentas.

Lo anterior esta comprobando todavía más la ligereza con que se inició este juicio, cuando la verdadera base para el cobro del alcance no había empezado siquiera a elaborarse por la Contraloría.

No hay, pues, la menor duda de que la excepción en estudio debe prosperar. El señor Procurador Delegado en lo Civil observa que la ejecución contra el señor Gustavo Franco no se apoya en el alcance deducido por el superintendente del ferrocarril, sino en la escritura pública mencionada al principio, la cual debe producir — dice — todos sus efectos mientras no se pruebe que carece de alguno de los elementos esenciales enumerados en el artículo 1502 del Código Civil.

Razón inaceptable. Nótese que sin la resolución del superintendente y la consecuencial orden de iniciar la ejecución tanto contra el responsable principal como contra el deudor hipotecario, esta acción no existiría. Lo que prueba que el procedimiento contra éste descansa fundamentalmente como complemento necesario en la dicha resolución. La resolución y la escritura fueron el título ejecutivo contra el excepcionante Gustavo Franco. No podía ser sólo la escritura. De aceptarse la teoría del señor Procurador, de que la ejecución contra el fiador hipotecario proviene únicamente de la escritura, llegaríase entonces a otra situación igualmente favorable al excepcionante. La incompetencia del juez ejecutor para perseguir a Gustavo Franco, quien derivando sus obligaciones solamente del contrato de hipoteca, sin conexión procesal con el alcance, no podría estar sometido para la efectividad del crédito a la jurisdicción especial y limitada de los jueces ejecutores, sino a la justicia ordinaria, por tratarse entonces del cumplimiento de un pacto de índole civil desligado de la noción jurídica de alcance. Naturalmente la existencia de este vicio tendría que obligar a la Corte a proceder conforme los artículos 455 y concordantes del Código Judicial, en lugar de dictar sentencia de excepciones.

Mas tal evento, el de la nulidad procesal no se presenta. Desde que la ejecución se ha iniciado en el concepto de que versa sobre un alcance por el manejo de fondos públicos y se apoya en resolución administrativa, con apariencias de fuerza igual a la de alcance definitivo deducido por autoridad competente, ya no hay margen a pensar en la existencia de vicios destructores del procedimiento. Los defectos del título ejecutivo son de fondo y por ello sólo era pertinente examinarlos en el auto ejecutivo, si aparecían de bulto; más allí no se examinaron, ni los ejecutados reclamaron; o, como se está haciendo, en el incidente de excepciones.

Prescíndese del estudio de los otros hechos exceptivos propuestos. El artículo 344 del C. J. releva a la Sala de hacerlo. A lo que se añade que esos hechos conciernen a la validez y eficacia legal de la escritura hipotecaria y al vínculo jurídico que de ella emana en contra del excepcionante y a favor del Estado, todo lo cual puede ser materia de nuevas excepciones en el juicio que se entable contra el deudor hipotecario para obtener el cumplimiento de la obligación, como resultado de la nueva situación creada con el auto de fenecimiento definitivo de la Contraloría, de que antes se hizo mérito.

3. Resolución

Por las consideraciones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria propuesta por el ejecutado Gustavo Franco consistente en que la resolución número 5 de fecha 24 de abril de 1928, dictada por el

superintendente del Ferrocarril Central del Norte, Sección Segunda, no es auto de fenecimiento definitivo dictado por autoridad competente, que pueda dar base al cobro ejecutivo del alcance.

En consecuencia, cese la ejecución contra el excepcionante señor Gustavo Franco, y desembárguense los bienes que a él se le hubieren embargado como poseedor de las fincas hipotecadas. Líbrense los oficios por el juzgado de rentas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en pdd.

IMPUESTO DE IMPORTACION

1. Las cuestiones referentes a la determinación precisa del impuesto de importación pertenecen al campo del derecho administrativo fiscal y están excluídas, por lo tanto, del conocimiento de los tribunales ordinarios. En ellas tiene jurisdicción exclusiva la organización aduanera a que alude el artículo 3º de la Ley 79 de 1931. 2. La decisión de esa entidad no está sometida a ulterior revisión por parte de la justicia ordinaria. (Artículo 93 de la Ley 130 de 1913).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La sociedad "Maizena, S. A.", con domicilio en la ciudad de Barranquilla, por medio de apoderado, demandó a la Nación para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que los lotes de harina de maíz para alimentación, importados por la empresa que represento a partir del mes de octubre del año de mil novecientos treinta y dos y los que en su futuro se importen, todos con destino a la elaboración del producto denominado Maizena, en la fábrica que ella tiene establecida en esta ciudad, debieron ser aforados los primeros y deberán serlo los segundos, de acuerdo con el numeral 12 de la Tarifa de Aduanas, que grava la harina de maíz, con diez centavos el kilogramo;

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior, la Nación debe restituir a la empresa que represento, las sumas que ésta le haya pagado de más, por concepto de derechos de aduanas, sobre las importaciones de harina de maíz o maíz para la alimentación, que dicha empresa ha hecho, a partir del mes de octubre del año de mil novecientos treinta y dos, sumas que se determinarán en la sentencia, con vista de las liquidaciones que fingirán en los respectivos manifiestos de importación, los cuales presento con este libelo de demanda y que completaré dentro del respectivo término de prueba de este juicio.

"Tercera. Que igualmente está obligada la Nación, a restituir a la empresa que represento, las sumas que ésta le llegare a pagar de más, por razón de las importaciones de harina de maíz o de maíz para la alimentación, que ella haga, desde esta fecha, hasta la ejecutoria de la sentencia, que ponga término a este juicio".

Admitida la demanda por el Tribunal Superior de Barranquilla, se ordenó correr el respectivo traslado al Fiscal de esa corporación, quien antes de contestar los cargos formulados contra la Nación propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, fundándose en que "la persona a quien se exija un impuesto nacional que crea no debe serle exigido, o se liquida de manera que juzgue incorrecta, debe ocurrir al tribunal de lo contencioso, a quien le corresponde decidir el punto en primera instancia".

El demandante consideró infundada la excepción propuesta, y pidió al tribunal que procediera a fallar como cuestión de puro derecho. Así se hizo por medio del auto de fecha 15 de marzo del año en curso, en el que se declaró probada la excepción propuesta por el señor Fiscal.

Contra la anterior decisión interpuso el actor recurso de apelación ante la Corte. Agotada como está la tramitación de rigor, se procede a resolver.

Los fundamentos del auto recurrido son los siguientes:

En el presente caso se trata de un impuesto nacional, en el concepto y por el aspecto de servicio público. El punto controvertido es, en síntesis, el aforo de una mercancía, cuestión que corresponde hoy definir a los jueces administrativos de aduana, con exclusión de toda otra autoridad, por no haber disposición expresa de excepción que la saque de la jurisdicción de tales funcionarios. Si el tribunal fallara el fondo del asunto, se convertiría en AFORADOR de la mercancía importada, aforo que ya ha sido hecho por los funcionarios competentes. A este respecto el tribunal no tiene facultad para reformar lo que ha sido materia de un proceso administrativo que se surtió con el lleno de todos los requisitos exigidos por las leyes reguladoras de la materia, proceso que tuvo su culminación en la resolución de fecha 12 de noviembre de 1935, del Consejo de Estado, por medio de la cual fueron rechazadas en su totalidad las peticiones que el demandante intenta ahora hacer prosperar por la vía ordinaria.

Todos los anteriores conceptos del tribunal son prohijados por el señor Procurador delegado en lo Civil, quien pide en consecuencia la confirmación del auto recurrido.

La Corte considera:

El demandante, al formular las peticiones del libelo, parte del supuesto de que en este litigio se va a decidir sobre una cuestión de derecho privado. De ahí que el principal fundamento de derecho lo haga consistir en las disposiciones del Código Civil reguladoras del pago de lo no debido, y que en consecuencia considere aplicable al caso de autos el numeral 3º del artículo 76 del Código Judicial.

Empero, la Sala no puede acoger el supuesto fundamental de la demanda, por las razones que en seguida se expresan:

De conformidad con el citado numeral 3º del artículo 76 del Código Judicial, los tribunales superiores de distritos conocen en primera instancia, entre otros negocios, de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación "y en que se ventilen cuestiones de derecho privado". (Subraya la Sala).

Se necesita, pues, en virtud de disposición expresa de la ley procesal, que el asunto materia de la controversia entre el particular y la Nación reúna las características propias de una cuestión de derecho privado, para que los tribunales superiores de distrito puedan decidirla.

Que en el presente juicio la cuestión debatida no es de derecho privado se deduce sin vacilación de la sola lectura de las peticiones del libelo. La finalidad de ellas, en efecto, no es otra que la de obtener por medio de un fallo de la justicia ordinaria la determinación precisa del impuesto de importación con que debe ser gravada la mercancía introducida al país por el demandante.

Semejante determinación, al igual que todo lo relativo al régimen aduanero, pertenece al campo del derecho administrativo fiscal, excluído por disposición de leyes especiales del conocimiento de los tribunales ordinarios.

En efecto, la ley 79 de 1931 organizó y reglamentó íntegramente la materia relacionada con la importación y exportación de mercancías, aplicación de la tarifa de aduanas y, en general, todo lo que constituye el régimen aduanero. Y el artículo 3º de la referida ley dispone terminantemente lo que sigue:

"La importación y la exportación de mercancía se regirán por las disposiciones de esta ley y por los reglamentos que se expidan en su cumplimiento, y a unas y otros estará sujeto todo tráfico internacional; y en todos los casos que al respecto se presentaren, tendrá exclusiva

jurisdicción la organización aduanera que por esta ley se crea para exigir la presentación de documentos y para aplicar el procedimiento que esta ley establece sobre fijación y recaudo de derechos de aduana y sobre imposición y cobro de toda clase de multas por omisiones en el cumplimiento de esta ley, salvo en cuanto se atribuya a otros tribunales la imposición de tales multas".

La citada ley 79 de 1931 constituye lo que puede llamarse el código de aduanas de la república, como quiera que por medio de sus numerosas disposiciones se ha establecido la organización aduanera y señalado el procedimiento aplicable en los casos de controversias originadas en los reclamos de los particulares por razón de la fijación y recaudo del respectivo gravamen fiscal.

De tal manera que cuando un importador considera que la mercancía por él introducida al país está sujeta a un impuesto de importación distinto del que ha sido aplicado por el respectivo funcionario, la ley de aduanas le garantiza ampliamente la defensa de sus intereses, estableciendo el procedimiento que ha de seguirse para formular los reclamos del caso, atribuyendo a determinados funcionarios y entidades el conocimiento de tales reclamaciones, ordenando los reembolsos correspondientes cuando se viere "que el importador depositó o pagó más de la suma exacta de los derechos" establecidos por la ley y, en general, creando una jurisdicción especial encargada de dirimir todas las controversias que surjan con motivo de la liquidación del referido impuesto. (Artículos 309 a 334).

Ahora bien; el demandante tuvo la oportunidad de discutir ampliamente, ante los funcionarios de aquella jurisdicción, el mismo punto que ahora somete a la decisión de la justicia ordinaria. Consta de autos, en efecto, que la administración de la aduana de Barranquilla, por medio de las resoluciones números 1489 del 19 de octubre de 1932 y 114 del 7 de febrero de 1933, no accedió a modificar el aforo que se le había señalado a la mercancía importada por el actor; que éste interpuso entonces el recurso de apelación para ante el tribunal distrital de aduanas de la misma ciudad, recurso que fue decidido en contra de las pretensiones del recurrente; que en vista de este insuceso el demandante recurrió ante el tribunal supremo de aduanas, entidad que en resolución del 5 de junio de 1934 confirmó en todas sus partes las providencias del tribunal distrital; y que, finalmente, el actor interpuso el recurso de apelación ante el Consejo de Estado con el objeto de que se dirimiera la cuestión en forma definitiva. El Consejo decidió la apelación mediante la resolución de fecha 12 de noviembre de 1936, en que fue confirmada la sentencia del tribunal supremo de aduanas.

Síguese de lo expuesto que por dos razones fundamentales no podía el tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla conocer de la cuestión materia del presente juicio ordinario: la primera, por que el punto controvertido no es de derecho privado, sino de derecho administrativo fiscal, lo que hace inaplicables al caso de autos los artículos 2313 y siguientes del Código Civil y el numeral 3º del artículo 76 del Código Judicial; y la segunda, porque las entidades competentes del orden administrativo ya examinaron y decidieron en forma definitiva todas las cuestiones que el demandante pretende ahora hacer prosperar bajo las apariencias de una acción de repetición por pago de lo no debido. La decisión de aquellas entidades no está sometida a ulterior revisión por parte de la justicia ordinaria. (Art. 93 de la ley 130 de 1913).

Como corolario de todo lo anterior surge entonces la confirmación del auto recurrido.

A mérito de las precedentes consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor

procurador delegado en lo civil, confirma el auto que ha sido materia de la presente apelación o sea el pronunciado por el tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla el 15 de marzo del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

CONTRATO DE TRABAJO --JORNALES DE UN VIGILANTE O CELADOR

1.—Un VIGILANTE tiene derecho a que se le paguen las horas de su trabajo como tal, lo que se deduce de la regla general que al respecto establece el artículo 2º de la Resolución número 1º de 1934, de la Oficina General del Trabajo, aprobada por el Decreto ejecutivo número 895 del mismo año. Los VIGILANTES o CELADORES pueden acogerse a lo preceptuado por el artículo citado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Piloniela)

En libelo de 1º de octubre de 1937 el señor José Domingo Arroyave, vecino de Medellín, demandó ante el tribunal superior de dicha ciudad al departamento de Antioquia para que por sentencia definitiva a la cual precederá la tramitación de un juicio ordinario, se hagan contra la entidad demandada las siguientes declaraciones:

"**Primero.**—Que el expresado Departamento de Antioquia es mi deudor y está obligado a pagarme, por conducto del señor Administrador General del Tesoro del mismo, seis días después de ejecutoriada la sentencia o en el término que se le fije por ese Tribunal las siguientes cantidades:

"A) La suma de ciento cuatro pesos ($ 104) moneda legal por concepto de jornales comunes devengados por mí al servicio del Departamento en el ramo de caminos que dejó de pagarme durante el tiempo que trabajé en él.

"B) La cantidad de seiscientos cincuenta y seis pesos con ochenta centavos ($ 656.80) que me corresponden por concepto del pago de jornal doble en los días domingos y feriados y por horas extras que trabajé al servicio de la expresada entidad en 533 días correspondientes al período comprendido entre el 1º de julio de 1932 y el 30 de febrero de 1934.

"C) La suma de mil ciento cincuenta y siete pesos con cuarenta y dos centavos ($ 1,157.42) que me corresponden por los mismos conceptos indicados en la letra anterior en setecientos (700) días correspondientes al período comprendido entre el 1º de enero de 1935 y el 30 de noviembre de 1936.

"D) La cantidad de doscientos diez y seis pesos ($ 216), moneda legal como indemnización por el accidente de trabajo que sufrí en dichos trabajos y que me produjo la disminución de la validez (funcional) del miembro inferior izquierdo, según calificación del Médigo Legista departamental.

"**Segundo.**—Que el expresado Departamento de Antioquia está en mora de pagar las sumas expresadas a que está obligado por ministerio de la ley y que en consecuencia se le condene a pagarme los intereses legales sobre las cantidades indicadas desde que se causaron por haber requerido administrativamente su pago".

Para el caso de que no prosperaran las anteriores peticiones, el actor solicitó se hiciera con el carácter de subsidiaria la que sigue:

"**Subsidiariamente.** — Que se condene al demandado a pagarme por concepto de jornales comunes, jornales dobles, correspondientes a trabajo en días domingos y de fiesta nacional y religiosa, por horas

extras de trabajo y por el accidente de trabajo que sufrí al servicio del mismo durante el tiempo en que fui obrero del Departamento de Antioquia comprendido entre el 1º de julio de 1932 y el 30 de noviembre de 1936, la cantidad de dos mil ciento treinta y cuatro pesos, con veintidós centavos ($ 2,134.22), o la cantidad o cantidades que resulten probadas en el proceso por todos o por cualquiera de los conceptos indicados, más los intereses legales contados desde la fecha de la notificación de esta demanda en adelante".

Para fundar la acción el demandante relaciona en el libelo una serie de hechos que brevemente sintetizados son:

a) que el actor trabajó como obrero del departamento de Antioquia en el ramo de caminos y como dependiente de la dirección general de dicho ramo desde el 1º de julio de 1932 al 1º de febrero de 1934 y desde el 1º de enero de 1935 al 30 de noviembre de 1936;

b) que durante todo el tiempo en que el demandante estuvo al servicio del departamento no sólo trabajaba ocho horas diarias, sino también en horas extraordinarias, incluyendo los domingos y días de fiesta nacional y religiosa;

c) que estando el actor al servicio de la entidad demandada fue víctima de un accidente de trabajo que le produjo una grave lesión en la pierna izquierda; y

d) que el departamento le está debiendo lo correspondiente a los jornales por trabajo en días feriados y en horas extraordinarias; la respectiva indemnización por el referido accidente; y el valor de 107 jornales comunes.

Corrido el traslado al señor fiscal del tribunal, manifestó que se oponía formalmente a que se hicieran las declaraciones impetradas por el actor.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el tribunal le puso término por medio de la sentencia de 3 de febrero del año próximo pasado, en la que fueron hechas algunas de las declaraciones solicitadas por el demandante.

Contra esta resolución interpusieron las dos partes el recurso de apelación, que le fue concedido por el tribunal. Tramitado legalmente en esta Sala sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir en definitiva.

Para la mejor solución del problema que surge de autos, la Corte pasa a estudiar por separado las distintas acciones que el actor acumuló en el libelo.

1.—Indemnización por accidente de trabajo.

A este respecto obran en el expediente varias declaraciones de testigos por medio de las cuales aparece comprobado el hecho mismo del accidente sufrido por Arroyave, aun cuando esta prueba se resiente de vaguedad por lo que hace a la fecha en que ese hecho ocurrió. Empero, el actor no se cuidó de allegar al proceso el dictamen pericial técnico que viniera a establecer judicialmente la naturaleza, causas y consecuencias del daño de que resultó víctima el demandante. Se trataba de un hecho que debía ser sometido a la apreciación de facultativos, cuyo dictamen, emitido con observancia de todos los requisitos propios de la prueba pericial científica, habría servido de base legal para condenar al departamento al pago de la respectiva indemnización.

Los elementos probatorios que el actor adujo sobre el particular, no reemplazan ni con mucho la prueba que la Corte echa de menos. En efecto, aquellos se reducen a una copia de la comunicación oficial del médico jefe del departamento al abogado de la dirección general de caminos, y a una radioscopia que no aparece reconocida ni autenticada por el experto que la tomó. La citada comunicación no es otra cosa que un simple concepto de dicho facultativo por medio del cual lo que en realidad se quiso establecer fue el valor de la indemnización y no la incapacidad misma producida por el accidente. En cuanto a la prueba testimonial, ya está dicho que a lo sumo demuestra el

hecho mismo del accidente pero que resulta inadmisible para establecer el carácter y naturaleza de la lesión a más de la incapacidad que ésta produjera.

La Corte llega, pues, a la misma conclusión del tribunal en cuanto a la indemnización por el accidente de trabajo y, en consecuencia, tendrá que absolver al departamento del cargo que a este respecto le hace el demandante.

2.—Horas extraordinarias de trabajo.

Que el demandante trabajó en horas extraordinarias aparece suficientemente demostrado con declaraciones de testigos y con el certificado del almacenista de la dirección general de caminos (fl. 6 del c. principal). Este aspecto de la cuestión no es materia de controversia. Pero en cambio las partes discuten, de un lado, si la clase de trabajo que realizaba el actor es de las que implican el pago de las horas suplementarias, y de otro, si el estatuto que rige esta materia comprende o no el tiempo en que el demandante estuvo al servicio del departamento.

Por lo que hace al primer punto litigioso, la Corte considera que el demandante sí tiene derecho a que se le paguen las horas extraordinarias de su trabajo con el carácter de vigilante que se le atribuye en el referido certificado de la dirección general de caminos. Lo que quiere decir que le es aplicable la regla general que al respecto establece el artículo 2º de la Resolución número 1º de 1934, de la Oficina General del Trabajo, aprobada por el decreto ejecutivo número 895 del mismo año.

En efecto, las funciones de un vigilante común, como las que desempeñaba Arroyave, no alcanzan a ser, como lo sostiene el señor procurador delegado en lo civil, funciones de confianza que coloquen a quien las realiza dentro de la excepción que sobre este punto consagra el mencionado estatuto. Es tan sencilla la tarea de un vigilante o cuidandero, tan mecánicas sus funciones, que hasta un mastín bien amaestrado podría realizarlas. Nada hay en ellas que pueda considerarse como labor de supervigilancia o dirección, que es precisamente lo que constituye la nota característica de los puntos que no implican el pago de las horas suplementarias.

Es pues indudable que las personas a quienes se encomienda la tarea de vigilantes o celadores en las empresas comprendidas por el decreto 895 de 1934, pueden acogerse a lo preceptuado por el artículo 2º de la referida Resolución para el efecto de que se les reconozca el pago de las horas extraordinarias de trabajo.

El señor Arroyave desempeñaba funciones de celador de los garages, almacenes y pesebreras de la Dirección General de Caminos del departamento de Antioquia. En esa calidad sólo se le pagaron jornales comunes.

Para resolver el segundo punto controvertido, esto es, si el demandante tiene derecho al pago de las horas suplementarias durante todo el tiempo en que estuvo al servicio de la entidad demandada es preciso definir previamente desde cuándo empezó a regir la citada resolución de la oficina general del trabajo.

De conformidad con el artículo 16 de dicha resolución, ésta entró en vigor "treinta días después de su publicación en el Diario Oficial", lo que se verificó el lunes 2 de julio de 1934, Diario Oficial número 22,623. De consiguiente, la vigencia de aquel estatuto empezó el 3 de agosto del citado año.

Por otra parte, el jefe de estadística de la dirección general de caminos informa que el demandante señor Arroyave "figura como trabajador al servicio de esta dirección desde el día 1º de julio de 1932, hasta el día 1º de febrero de 1934" (fl. 1 v. del c. principal).

Confrontando los datos del anterior informe con la fecha inicial de la vigencia de la resolución número 1º de 1934, se deduce sin la menor duda que durante el primer período del trabajo del actor no

existía disposición alguna que ordenara el pago de las horas suplementarias, y que por lo tanto no es legalmente posible condenar a la entidad demandada al pago de esas horas.

Para llegar a una conclusión contraria sería preciso aceptar el efecto retroactivo de la resolución en referencia, lo que en concepto de la Corte es inadmisible. En igual sentido se pronunció esta misma Sala en sentencia de fecha 24 del mes de junio pasado, de la cual se trascribe el siguiente aparte:

"Además, el reconocimiento legal de pago de horas extraordinarias no tuvo lugar sino en el año de 1934. Estas disposiciones no tienen carácter retroactivo El reconocimiento del demandado de que el actor trabajó y se le pagaron horas extras en el año de 1933 no es del caso, ya que el Ferrocarril no estaba obligado por disposición legal alguna vigente en esa época". (Sentencia de 2ª instancia en el juicio ordinario de Ricardo Mejía E. contra el Ferrocarril de Antioquia).

Pero como el segundo período del trabajo del demandante al servicio del departamento se extiende desde el 1º de enero de 1935 hasta el 30 de noviembre de 1936, según lo informa también el jefe de estadística de la dirección general de caminos (fl. 1 v. del c. principal), es evidente que por este aspecto debe prosperar la solicitud del actor, como quiera que todo ese tiempo de trabajo transcurrió estando ya en vigencia la resolución que ordena el pago de las horas suplementarias. De tal manera que sobre el particular sólo resta determinar el número de dichas horas y la remuneración correspondiente, a lo cual procede la Sala con vista de las constancias de autos.

En cada uno de los 700 días que comprende el segundo período el demandante trabajó 14 horas diarias, puesto que sus tareas empezaban a las 4 p. m. para terminar a las 6 a. m. del día siguiente. Lo que quiere decir que trabajaba diariamente 6 horas suplementarias. (Véanse las declaraciones de Arturo Gallón y Ulpiano Sierra, fls. 5 y 10, respectivamente, del c. de pruebas del actor, y el certificado del almacenista de la dirección general de caminos, fl. 6 del c. principal).

De lo anterior se infiere entonces que las 6 horas diarias de trabajo suplementario representan en el segundo período un total de 4,200 horas, fuera de la jornada común de ocho horas; y tomando como base el jornal de $ 1,20 que a la sazón devengaba el actor, valen dichas horas la suma de $ 630.00, a razón de $ 0,15 cada una. A esta suma es necesario agregar el 25 por 100 del jornal común, o sea la cantidad de $ 157.50, según lo prescribe el artículo 10 de la resolución ya citada.

El cómputo anterior se ha hecho sobre la base de que las horas suplementarias fueron 6 en los días de trabajo; pero todavía resta por calcular lo que corresponde al actor por ese mismo concepto durante los días festivos. Para ello la Sala tiene en cuenta el referido certificado del almacenista de la dirección general de caminos y las declaraciones de los señores Ulpiano Sierra, Baudilio Londoño, Juan B. Vélez y Cupertino Echeverría.

De lo que afirman tales testigos y del certificado en referencia se deduce lo que el actor sostiene en el hecho noveno del libelo, esto es, que en los días domingos y de fiesta nacional y religiosa trabajaba durante las horas del día y de la noche, lo que implicaba dos jornadas y horas extras. Estas últimas se distribuían así: seis horas extras en el turno de la noche, las cuales ya fueron computadas anteriormente; y dos horas suplementarias en el turno del día. El trabajo de Arroyave en estas dos horas de los domingos y días de fiesta se traduce en 254 horas para los 127 días feriados que hubo en el segundo período; y sobre la base de que el actor ganaba $ 0,15 por hora, valen las 254 en referencia, computadas al doble de su valor (artículo 5º de la ley 57 de 1926), más el 25 por 100 del mismo (art. 10 de la resolución número 1ª de 1934), la cantidad de $ 95,25.

El valor total de las horas suplementarias en el segundo período es, pues, el siguiente:

Valen las 1.200 horas de los días de trabajo ..... $	630.00
Más el 25 por 100 de la suma anterior	157.50
Valen las 254 horas suplementarias de los días feriados.....	76.20
Más el 25 por 100 de la suma anterior	19.05
Suma total a cargo del Depto. $	882.75

3.—Jornales correspondientes a domingos y días feriados.

De conformidad con el artículo 5º de la ley 57 de 1926 y los artículos 1º y 2º del decreto reglamentario número 222 de 1932, quien trabaje el día domingo tiene derecho a una indemnización equivalente al doble del valor del jornal diario, lo que se hace extensivo también a los demás días de fiesta nacional o religiosa.

El demandante ha demostrado que durante todo el tiempo en que estuvo al servicio de la entidad demandada realizó sus tareas aun en los días domingos y en los demás de fiesta religiosa o nacional. Es, pues, fundada la petición que se hace en el libelo con el objeto de que se le pague al actor lo que corresponda a su trabajo por concepto de jornales dobles en los días de descanso.

Como el demandante trabajó durante dos períodos con jornales diferentes, puesto que en el primero ganaba $ 0,80 diarios, y en el segundo $ 1,20, es necesario, para calcular lo que se le está debiendo por el concepto indicado, hacer la debida separación de las dos épocas. Así resulta lo siguiente:

En el primer período, según el certificado del jefe de estadística de la dirección general de caminos (fl. 1 v. del c. principal), trabajó Arroyave 533 días, y se le pagaron 569 jornales. Este exceso de jornales sobre los días de trabajo lo explica el actor de la siguiente manera en su alegato ante la Corte: "En dichos días (los feriados), cumplía dos jornadas comunes, más las horas extraordinarias en exceso de dichas jornadas, o sea que semanalmente la estadística tenía que recoger el dato de 8 jornales, siendo así que la semana no tiene sino 7 días, lo que implicaba un aumento de un día más cada semana y la suma de estos días en los dos períodos que me tocó trabajar corresponden al exceso de días anotados en los cuadros o informes del jefe de estadística..." Esta explicación del actor es atendible, como que resulta lógica consecuencia de la jornada doble realizada por él en los días festivos, y por lo tanto es el caso de examinar si al demandante se le pagaron todos los jornales correspondientes a esa doble tarea.

Partiendo de la base de que en el período en referencia hubo 104 días festivos, de los cuales se descuentan 7 en que el actor no trabajó, se concluye que de los 97 días restantes apenas se le reconoció al demandante el valor de la jornada doble por lo correspondiente a 36 días, quedando en consecuencia pendiente el pago de 61 jornales, a buena cuenta de los cuales no recibió Arroyave sino el valor de una jornada común. Los referidos 61 jornales computados a $ 0,80 diarios valen $ 48,80.

En el segundo período, según el mismo certificado, el demandante trabajó 700 días continuos, y se le pagaron 781. Pero como en este período los días festivos fueron 127, resulta entonces que el actor no recibió sino el valor de la jornada doble por lo correspondiente a 81 días y que por lo tanto se le está debiendo el valor de 46 jornales. Estos jornales computados a $ 1,20 diarios cada uno, valen $ 55,20.

Son, pues, $ 104 que debe pagar la entidad demandada al señor Arroyave, conforme a la petición A) del libelo de demanda.

Hasta aquí ha quedado reconocido lo que corresponde al actor por concepto de

dos jornadas que realizó en los días de fiesta de los dos períodos, pero sin tener en cuenta que el trabajo en tales circunstancias requiere una indemnización equivalente al doble del valor del jornal diario. De tal suerte que para dar cumplimiento al citado artículo 5º de la ley 57 de 1926, es necesario que se le paguen al demandante dos jornales comunes más por cada uno de los días festivos de los dos períodos en que estuvo al servicio del departamento de Antioquia.

Haciendo la debida separación entre las dos épocas, se obtiene el siguiente resultado:

Primer período.—Por haber trabajado Arroyave 97 días festivos en este período, le corresponden por concepto de dos jornales sencillos, la suma de $ 155.20, computando cada jornal a $ 0.80.

Segundo período.—Habiendo trabajado el actor 127 días feriados, le corresponden entonces por concepto de dos jornales sencillos, la suma de $ 304.80, computando cada jornal a $ 1.20.

El valor total de los jornales en referencia es, pues, el siguiente:

Valen los 97 jornales del primer período, a razón de $ 0.80 cada uno.....$	155.20
Valen los 127 jornales del segundo período, a $ 1.20 cada uno..	304.80
Suma total a cargo del Depto..$	460.00

De todo lo hasta aquí expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

a) que la Corte no prohija los razonamientos del tribunal por lo que hace al pago de las horas suplementarias y de jornales dobles en los días feriados, como quiera que en el fallo de primera instancia apenas se tuvo en cuenta lo que correspondía al actor en los días domingos. La Corte, por el contrario, estima que el tribunal ha debido reconocer a Arroyave el valor de su trabajo no sólo en los días domingos sino en todos los días festivos de los dos períodos en que estuvo al servicio del departamento. En consecuencia, el fallo de primer grado será reformado con el objeto de decidir el litigio en consonancia con las razones expuestas por la Sala; y

b) que la entidad demandada está en la obligación de pagar al actor las siguientes cantidades por concepto de jornales y horas suplementarias en los días feriados:

Por las horas suplementarias del segundo período .....$	882.75
Por jornales correspondientes a las dos jornadas de los domingos y demás días de fiesta nacional o religiosa.....	564.00
Total.....$	1.446.75

Como el demandante pide en el libelo que se le carguen al departamento los intereses legales desde la fecha en que hizo las reclamaciones administrativas del caso, la Corte encuentra fundada tal solicitud, y en consecuencia sobre los $ 1,446.75 pagará el departamento el interés del 6 por 100 anual, desde el 28 de noviembre de 1936, día en que el actor reclamó a la entidad demandada el pago de lo que se le estaba debiendo, y acerca de lo cual fue dictada la resolución número 595 de 14 de julio de 1937 (fls. 2 a 3 del c. principal), en que fueron rechazadas todas las peticiones del señor Arroyave.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia de primera instancia en los términos siguientes:

1º El departamento de Antioquia es deudor del señor José Domingo Arroyave y está obligado a pagarle, por conducto del señor administrador del tesoro departamental, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, las siguientes cantidades:

a) Por las horas suplementarias de trabajo en el segundo período....$ 882.75
b) Por los jornales correspondientes a las dos jornadas en los días festivos de todo el tiempo en que estuvo el actor al servicio del departamento 564.00

Suma total que debe pagarse.$ 1,446.75.

2° Sobre esta suma de $ 1,446.75 pagará el departamento un interés del seis por ciento (6 por 100) anual, desde el veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos treinta y seis (1936).

3° Se absuelve al departamento de Antioquia de los demás cargos formulados en la demanda.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Juan A. Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

APELACION INTENTADA POR QUIEN NO ES PARTE EN EL JUICIO

Es de suyo tan importante la notificación del mandamiento de pago al deudor, que el artículo 981 del C. J. la establece como el principio mismo del juicio ejecutivo. De tal manera que la inobservancia de dicho requisito constituye un obstáculo que se opone a la prosperidad de los incidentes de excepciones o de las apelaciones que se interpongan contra aquella providencia. Y esto es muy explicable si se tiene en cuenta que antes de la referida notificación no hay juicio ejecutivo, y no existiendo dicho juicio mal se puede intentar proponer una excepción, interponer un recurso, embargar bienes, etc.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El Juzgado de Rentas Nacionales de Cali libró orden de pago por la vía coactiva a favor de la Nación y a cargo de Aura Bryon de Camacho, Cecilia y Leonor Bryon, por la cantidad de $ 736.92 moneda legal, más los intereses sobre esa suma, y por las costas del juicio.

El mandamiento ejecutivo está basado en el reconocimiento número 989 de 17 de julio de 1939, en virtud del cual resulta a cargo de las ejecutadas la obligación de pagar la suma referida, por concepto de impuesto sobre la renta y patrimonio en el año de 1937.

El auto ejecutivo se notificó al señor Rubén Bryon, quien actuó en la respectiva diligencia afirmando que procedía como padre de las ejecutadas. El señor Bryon, después de hacer algunos reparos al mandamiento ejecutivo, manifestó que apelaba de dicha providencia. Corresponde por lo tanto a la Corte entrar a decidir el recurso, agotada como está la tramitación que ordena la ley.

Las ejecutadas alegaron oportunamente ante la Corte, atacando por diversos conceptos el auto ejecutivo y formulando, además, varias objeciones a la manera como se surtió la respectiva notificación.

Por su parte el señor Procurador delegado en lo Civil estudia detalladamente los fundamentos del auto en referencia y llega a la conclusión de que debe ser confirmado por la Corte.

La Sala considera:

En este juicio existen irregularidades procedimentales que hacen prematuro el análisis del auto ejecutivo en sí mismo considerado. Esto resulta evidente mediante las siguientes observaciones:

El recurso de apelación no ha sido interpuesto por las ejecutadas. No consta tampoco que lo haya sido por su apoderado o representante legal. El señor Rubén Bryon, quien en la diligencia de notificación manifestó que apelaba del mandamiento ejecutivo, lo hizo de manera puramente oficiosa, asumiendo de hecho una representación que no aparece acreditada en el expediente. La apelación en semejantes circunstancias resulta interpuesta por un tercero extraño en absoluto a la ejecución, y por lo tanto si se procediera a fallar en el fondo este negocio la respectiva decisión carecería de efectos frente a las ejecutadas.

De tal manera que existiendo como existe en el juicio una irregularidad procedimental consistente en que la apelación no ha sido interpuesta por parte legítima, la Corte debe abstenerse de conocer del recurso mientras no aparezca en el expediente la constancia de que las ejecutadas o su apoderado o representante legal han apelado del mandamiento ejecutivo.

Por otra parte, el procedimiento adolece de otra irregularidad que viene a hacer todavía más imperiosa la necesidad de que la Corte se abstenga de conocer de la apelación.

Consta de autos, en efecto, que el mandamiento ejecutivo no ha sido notificado personalmente a las ejecutadas. Como quedó dicho antes, en la diligencia de notificación intervino el señor Rubén Bryon afirmando que era el padre de las interesadas; dicha afirmación fue suficiente para que el funcionario ejecutor procediera a notificar el mandamiento ejecutivo, sin cuidarse de exigir al supuesto representante la comprobación de la personería por él alegada. De tal suerte que en este punto, al igual que el relativo a la apelación, el señor Bryon es un tercero desvinculado en absoluto del juicio ejecutivo, y por lo tanto la diligencia de notificación no podía producir ningún efecto en relación con las ejecutadas.

Es de suyo tan importante la notificación del mandamiento de pago al deudor, que el artículo 981 del Código Judicial la establece como el principio mismo del juicio ejecutivo. De tal manera que la inobservancia de dicho requisito constituye un obstáculo que se opone a la prosperidad de los incidentes de excepciones o de las apelaciones que se interpongan contra aquella providencia. Y esto es muy explicable si se tiene en cuenta que antes de la referida notificación no hay juicio ejecutivo, y no existiendo dicho juicio mal se puede intentar proponer una excepción, interponer un recurso, embargar bienes, etc.

De todo lo expuesto se concluye que la presente apelación está desprovista de los fundamentos que la ley procesal establece como indispensables para que la providencia recurrida pueda ser revisada, lo que lleva entonces a la Corte a abstenerse de pronunciar resolución de fondo.

Por último cabe advertir que las ejecutadas no han ratificado en ninguna forma la actuación del señor Rubén Bryon al tiempo de la diligencia de notificación. Por el contrario, en su alegato ante la Corte hacen hincapié en que por no haber sido notificadas del mandamiento ejecutivo, éste carece de toda eficacia.

En fuerza de las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se abstiene de revisar la providencia recurrida, por cuanto ésta no ha sido notificada legalmente a las ejecutadas ni el recurso fue interpuesto por parte legítima.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

REQUERIMIENTOS PREJUDICIALES

Para las solicitudes de requerimientos o actos prejudiciales que se promuevan como diligencias preparatorias de juicios de que debe conocer la Sala de Negocios Generales de la Corte no tiene ella competencia, pues conforme al artículo 40 del Código Judicial sólo puede conocer de las controversias, es decir, de los juicios, suscitados por contratos celebrados por la Nación. Los actos prejudiciales generalmente son de jurisdicción voluntaria y los que entrañan controversia de jurisdicción contenciosa. Unos y otros siguen distintas reglas de competencia, conforme al artículo 152 del Código Judicial, lo que significa que la naturaleza de los actos prejudiciales no los lleva de por sí a la competencia del juez que habrá de conocer del pleito. El requerimiento es a modo de una actuación notarial en que el juez carece de facultad para investigar la causa que lo origina y su finalidad.

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El General Jorge Martínez L. se dirige a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema, con el fin de que para los efectos del respectivo memorial, que lleva fecha 15 de abril postrero, se requiera al gobierno nacional representado por el señor ministro de hacienda y crédito público, haciendo extensivo el requerimiento al señor procurador general de la nación.

Posteriormente adiciona el pedimento en el sentido de que el requerimiento se haga también al ministro de minas y petróleos, despacho de reciente creación, y al que se adscribió todo lo relacionado con la sección de bienes ocultos del Estado, que antes hacía parte del ministerio de hacienda.

Se observa:

La solicitud del peticionario entraña la práctica de una diligencia extrajudicial, que no implica ninguna suerte de controversia, ni oposición de parte. El requerimiento equivale a una sencilla notificación a la persona designada, de la solicitud del que la formula, cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio en que se haga mérito del requerimiento.

La competencia de la Sala Civil de Unica Instancia está limitada por el artículo 40 del Código Judicial a conocer de las controversias, es decir, de los juicios, suscitados por contratos celebrados por la nación. Fuera de esta función exclusiva, no puede actuar.

El hecho de que el requerimiento en cuestión se promueva como diligencia preparatoria de juicio de que sí deba conocer la Sala, tampoco le da competencia a ésta para efectuarlo. Los actos prejudiciales generalmente son de jurisdic

ción voluntaria. Los negocios que entrañen controversia de jurisdicción contenciosa. Unos y otros siguen así distinta regla de competencia, conforme al artículo 152 del Código Judicial, lo que significa que la naturaleza de los actos prejudiciales, no los lleva de por sí a la competencia del juez que habrá de conocer del pleito. En lo relativo al requerimiento obsérvese que este acto es a modo de una actuación notarial, en que el juez carece de facultad para investigar la causa que lo origina y su finalidad.

Este auto lo firma únicamente el magistrado ponente, por aplicación del art. 46 del C. Judicial.

Por lo expuesto, por carecer de competencia para ello, no se accede a verificar el requerimiento que formula el general Martínez.

Notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO—JURISDICCION DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

La Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema tiene jurisdicción para conocer de los juicios contra la Nación, no solamente cuando son iniciados por los contratantes, sino también cuando son promovidos por terceros que comprueben su interés jurídico con relación a la cosa materia del contrato. Ese interés jurídico no nace a la vida por el hecho de que el demandante gestione ante el Ministerio respectivo para obtener la declaración de que el bien materia del contrato atacado tiene la condición de oculto. Mientras en la gestión administrativa no se logre esa declaración, el empeñado en ella no tiene sino simples expectativas, que no autorizan a tenerlo como copartícipe del Estado. Esa condición sí justificaría el interés de que se ha hablado.

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cuarenta.

El señor Germán Molina Callejas presentó ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, demanda contra la Nación y contra las sociedades extranjeras denominadas Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primero. — Que no fue perfeccionado legalmente y, por lo mismo, carece de existencia jurídica y debe caducar en todos sus efectos, y cancelarse, el contrato **ad referendum**, celebrado el tres de marzo de mil novecientos treinta y uno por el señor Ministro de Industrias, a nombre de la Nación o República de Colombia, con el señor Clarence S. T. Folsom, como representante en Colombia de las sociedades denominadas Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company; el mismo contrato aprobado por el Poder Ejecutivo el cuatro de los mismos mes y año, y el dos de julio, siguiente consignado en la escritura pública de la Notaría 3ª de Bogotá, señalada con el número 697.

"**Subsidiariamente:** Que con los efectos del artículo 1746 y la advertencia del artículo 1747, ambos del Código Civil, es absolutamente nulo, y debe cancelarse, el mismo contrato referido en el postulado que precede.

. . . . . .

"Segundo.—Que la Nación o República de Colombia y las dos sociedades extranjeras mencionadas, deben indemnizarle a Germán Molina Callejas, de los perjuicios de todo orden consiguientes a la ejecución del referido contrato".

La acción que el demandante ejerce ante la justicia, como bien claro se ve, es una acción de nulidad de un contrato celebrado entre la Nación y dos sociedades de derecho privado.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, ha sentado la jurisprudencia de que "tiene jurisdicción para conocer de los juicios contra la Nación no solamente cuando son iniciados por los contratantes, sino también cuando son promovidos por terceros que comprueben su interés jurídico con relación a la cosa materia del contrato".

En el presente caso se echa de menos ese interés jurídico, pues el tal no nace a la vida por el hecho de que el demandante adelante gestiones ante el Ministerio respectivo para obtener la declaración de

que el bien materia del contrato atacado tiene la condición de oculto. Mientras en la gestión administrativa no se logre esa declaración, el empeñado en ella no tiene sino simples expectativas, que no autorizan a tenerlo como copartícipe del Estado, condición ésta que sí justificaría el interés de que se ha hablado.

Principios elementales de Derecho enseñan que las meras expectativas no dan acción ni excepción, y por consiguiente no constituyen interés jurídico, cuya protección por medio de acciones judiciales se pueda efectuar ante los estrados de la justicia.

Admitir la demanda del doctor Molina Callejas, sin que se haya demostrado el interés de que se trata, mediante la comprobación de que ya fue declarado bien oculto el que es materia del contrato, equivaldría a aceptar que hay acción pública contra los contratos que celebra la Nación con entidades de derecho privado, cosa inaceptable, por razones obvias.

Por lo expuesto, se dispone: devolver la demanda que ha motivado este proveído, por carecer de competencia esta Sala para conocer del asunto.

Notifíquese.

Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, julio diez de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

La señora Ana Dolores Rojas de González, en su condición de heredera declarada del doctor Juan B. González, como madre legítima, demanda a la nación ante esta Sala Civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia, para que mediante el juicio correspondiente se declare:

1º Que la nación debe pagar a la sucesión del doctor Juan B. González, representada por la demandante, las cantidades de $ 29,387.56 y $ 1,674.97, procedentes la primera de derrumbes extraídos y la segunda saldo del valor de los intereses que se le hicieron efectivos a González por razón del contrato de explanación de diez kilómetros de la línea del Ferrocarril Central del Norte, sección 1ª, comprendida entre los kilómetros 103 a 113; y

2º Que la nación debe pagar a la sucesión del mismo doctor González la cantidad de $ 1,948.94, valor de un compresor marca Ingersol-Rand que el contratista entregó a la empresa del ferrocarril.

Estas acciones las deduce la demandante del contrato de fecha 8 de junio de 1927, celebrado por el gerente del Ferrocarril Central del Norte, sección primera, con la debida autorización gubernamental, y el ingeniero señor doctor Juan B. González, publicado en el Diario Oficial número 20,622, sobre explanación de diez kilómetros de vía entre los kilómetros 103 a 113; y de los siguientes hechos:

a) que el contrato fue liquidado en resolución de fecha 11 de abril de 1929, dictada por el gerente del mencionado ferrocarril;

b) que la empresa le quedó debiendo las cantidades que demanda, así:

$ 29,387.56 por derrumbes extraídos; $ 2,284.50 por intereses que se le hicieron efectivos; y $ 1,948.94 valor del compresor que entregó el contratista a la empresa y ésta recibió;

d) que de los intereses solamente le fueron reconocidos al contratista, posteriormente, la cantidad de $ 609.53, quedando insoluto el saldo; y

e) que el contratista doctor Juan B. González falleció, y en el correspondiente juicio de sucesión fue reconocida como única heredera del finado, la señora Ana Dolores de González.

El señor procurador delegado en lo civil en representación de la nación contesta la demanda, alegando en lo esencial lo siguiente:

"El contrato de 8 de junio de 1927, celebrado por el Gobierno Nacional con el doctor Juan B. González, sobre explanación de 10 kilómetros de vía del Ferrocarril Central del Norte entre las abscisas kilometrales 103 a 113, Sección 1ª, del citado Ferrocarril, fue resuelto por voluntad de las partes contratantes y con las bases que suministran el acta de entrega de 25 de enero de 1929, aceptada por el apoderado del contratista el 27 de marzo del mismo año, y de acuerdo con la resolución emanada de la Gerencia del Ferrocarril Central del Norte, Sección 1ª, resolución que tiene fecha 11 de abril de 1929, notificada sin reclamo al señor Bernardo Plata, en su carácter de apoderado del mismo señor doctor Juan B. González. Tales actos llevados a cabo por las partes en uso de su libertad jurídica y en desarrollo e interpretación de las cláusulas tercera, cuarta, quinta, sexta y concor-

dantes del contrato de 8 de junio de 1927, constituye un hecho cumplido y una situación de derecho que no puede desconocerse. Además, el recibo signado por el señor Bernardo Plata como apoderado de Juan B. González, al señor Cajero del Ferrocarril Central del Norte, Sección 1ª, recibo fechado el 11 de abril de 1929, corrobora la resolución del contrato, puesto que en él se expresa que "queda cancelada la obligación deducida a cargo de dicha empresa por razón de ese contrato y conforme a la liquidación de él, decretada por la Gerencia". Este comprobante envuelve también una ratificación, de acuerdo con la parte final de la cláusula sexta, que a la letra dice: "El contratista no tendrá derecho a reclamo alguno después que haya formulado la cuenta de cobro de que trata la cláusula siguiente, pues la presentación de dicha cuenta será considerada como aceptación por parte del contratista de la liquidación respectiva". Y es sabido además, que de conformidad con la cláusula séptima, el contratista percibió del Gobierno el noventa por ciento del trabajo ejecutado y percibió también el 10 por 100 restante, en los términos que expresa el comprobante de 11 de abril de 1929.

"La demanda pretende también obtener la devolución de $ 2,284.50 por concepto de intereses que se le hicieron efectivos al contratista. Mas este punto quedó debidamente redargüido en las resoluciones administrativas dictadas por el Gobierno. Allí se consideró entonces, como se considera hoy, que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 78 de 1923, los créditos a favor del Tesoro devengan intereses a la tasa del 12 por 100 anual, desde el día en que se hacen exigibles hasta aquel en que se verifique el pago. Sobre este particular consta que el contratista recibió del Gobierno materiales con destino a la obra, y aunque se estipuló que el valor de ellos debía ser descontado en los tres primeros pagos posteriores al suministro, tal descuento no se hizo efectivo, y por consiguiente el contratista debía reconocer intereses sobre el valor de los suministros hasta el día en que se hiciera el reembolso. Así lo interpretó el mismo doctor González al no exigir el descuento en el tiempo prefijado, sin que hubiera reclamado nunca sobre el particular.

Respecto del reconocimiento y pago del valor de un compresor, marca Ingersol-Rand, debe repetirse aquí lo expresado en las resoluciones administrativas. Tal compresor no fue recibido por la Gerencia de la empresa, ni por persona autorizada para recibirlo; no fue entregado en condiciones de servicio, porque le faltaba una pieza indispensable para su funcionamiento, caso en el cual son de estricta aplicación los artículos 1870 y 1882, en relación con el 1884 del Código Civil, disposiciones todas que fijan las obligaciones del vendedor en los contratos de compraventa".

Trabada la controversia las partes pidieron pruebas. Ninguna de las que solicitó el demandante llegaron a los autos por diferentes causas.

Como está agotada la sustanciación de la instancia, esta Sala entra a decidir el negocio, para lo cual adelanta las consideraciones que van en seguida.

Por el contrato en que se basa la demanda, suscrito por el doctor Jacinto Caicedo, gerente del Ferrocarril Central del Norte, sección primera, el 8 de junio de 1927, con el ingeniero doctor Juan B. González, estipulóse en lo esencial lo siguiente:

Que el contratista se comprometía a remover el volumen total de cortes y préstamos que, de acuerdo con las carteras de cubicación, resultara entre las abscisas kilometrales 103 a 113 del mencionado ferrocarril, sección primera; y a formar con esa tierra los correspondientes terraplenes, a construír todos los desagües y cunetas, necesarios para la defensa de la explanación. Que las obras serían ejecutadas a satisfacción del ingeniero interventor, siendo apelable su

concepto ante el gerente de la empresa. Que verificada la clasificación de la obra ejecutada, el contratista tendría derecho a percibir del gobierno el noventa por ciento del valor del trabajo ejecutado, previa presentación a la gerencia de las cuentas respectivas, que deberían llevar el visto bueno del interventor, debiendo acompañarse del certificado de la liquidación practicada por el mismo; el valor de dichas cuentas sería pagado al contratista por la caja de la empresa, con deducción del diez por ciento, para pagarlo cuando el contratista entregase toda la obra; del saldo final que resultara a favor del contratista se tomarían todas las cantidades que éste adeudara a la empresa o que debían retenérsele de acuerdo con el contrato. Que el gobierno pagaría al contratista la cantidad de $ 1,55 el metro cúbico de tierra removida; pero si en el curso de los trabajos se presentaban derrumbes perjudiciales para la obra, el contratista estaría obligado a extraerlos, reconociéndole el gobierno el volumen de tierra extraído a razón de $ 1,53 el metro cúbico. Que respecto de la tierra que removiera el contratista fuera de la línea de los chaflanes sólo se le pagaría el 20% del valor antes expresado. Y por último que las liquidaciones del trabajo ejecutado deberían ser practicadas por el interventor en presencia del contratista o de su representante, debiendo éstos hacer en el momento de la liquidación todas las observaciones que juzgaran oportunas; y en caso de no quedar satisfecho con la liquidación practicada por el interventor, el contratista podría apelar de ella ante el gerente de la empresa; el contratista no tendría derecho a reclamo alguno después de que hubiese formulado la cuenta de cobro, pues la presentación de dicha cuenta sería considerada como aceptación por parte del contratista de la liquidación respectiva.

El ministerio de obras públicas en oficio de 31 de diciembre de 1928 autorizó al gerente del ferrocarril para proceder a liquidar el contrato con el señor González. De acuerdo con esta autorización el gerente procedió a verificar el recibo del caso, según la diligencia de entrega, efectuada en el sitio de "La Palmita", del kilómetro 113 del ferrocarril, y cuya acta firmóse en Bucaramanga el 27 de marzo siguiente por el gerente y el señor Bernardo Plata, constituído por el señor González como su representante legal en el acto.

Teniendo por base esta acta en la cual antes de firmarla el señor Plata declara que el contratista recibió "el valor de todo su trabajo y que sólo le resta por recibir el valor del porcientaje del diez por ciento (10 por 100) que ha dejado en poder del Ferrocarril como garantía de su contrato al tenor de lo estipulado en la cláusula séptima", el señor gerente del ferrocarril dictó la resolución de 11 de abril contentiva de la liquidación del contrato, la cual arrojó un saldo en favor del contratista de $ 85.004.17, que fue ordenado pagar. El mismo día el señor Plata se dio por notificado de la resolución y luégo extendió el siguiente recibo:

"Recibí del señor cajero del Ferrocarril Central del Norte, sección primera, un giro por la cantidad de $ 85,004.17 m/l. a cargo del Banco de la República y a favor del señor general Eutimio Sánchez. Esta suma representa el diez por ciento (10 por 100) retenido como garantía del cumplimiento del contrato de movimiento de tierras celebrado con el doctor Juan B. González y con su entrega queda cancelada la obligación deducida a cargo de dicha empresa por razón de ese contrato y conforme a la liquidación de él, decretada por la gerencia".

El cobro que ahora se intenta por la vía judicial fue objeto ante el ministerio de obras públicas de una reclamación administrativa, la cual terminó con resoluciones desfavorables proferidas por el gobierno.

Tres son las partidas que el demandante afirma le está debiendo el gobierno por razón de saldos pendientes de la liquidación del contrato de explanación:

$ 29,387.56 procedentes de derrumbes extraídos; $ 1,674.97 valor de intereses que se le hicieron efectivos al contratista; y $ 1,948.94, valor de un compresor, marca Ingersol-Rand, que el contratista entregó a la empresa del ferrocarril.

Al demandante incumbe la carga de la prueba de que se le quedaron debiendo estas partidas. Habiendo él, por conducto de su apoderado y representante legal señor Plata, liberado al gobierno de toda obligación resultante de la ejecución del contrato, con la expedición del recibo preinserto, inmediatamente después de su liquidación amigable, lo que equivale a la expedición de la carta de pago, que declara cumplidos los compromisos de las partes, sobrelleva el demandante la obligación de acreditar que no obstante el finiquito existen saldos insolutos que por equivocación no fueron computados en la liquidación. Esa demostración debe ser clara y precisa. Cualquier duda desvirtúa el derecho reclamado, porque estando de por medio la carta de pago, ella por su naturaleza y alcance está precisamente destinada a aclarar cualquier oscuridad.

El finiquito expedido por el señor Plata es completo. De acuerdo con el poder que el doctor González le confirió, el señor Plata estaba expresamente facultado para representar a aquél en la "liquidación final del contrato que tengo celebrado con el gobierno nacional para la construcción de un trayecto del ferrocarril, contrato publicado en el **Diario Oficial** número 20,622, de fecha 18 de octubre de 1927, y para que firme el acta correspondiente de entrega; quedando plenamente autorizado para recibir los saldos que hubiere a mi favor, para extender los recibos del caso y para sustituír este poder si fuere necesario".

El poder no tiene limitación en cuanto a la facultad de Plata para intervenir en la liquidación del contrato, cancelarlo y expedir los recibos correspondientes. El finiquito también es completo en cuanto a su sentido de declarar cancelada toda obligación deducida a cargo de la empresa por razón del contrato y conforme a la liquidación practicada de común acuerdo entre las partes.

En el término de prueba el apoderado del demandante allegó un escrito sin fecha firmado por el señor Plata, en el cual éste hace varias observaciones a la liquidación del contrato que acababa de suscribir. Mas este papel carece de todo valor probatorio. Fue desglosado de las diligencias administrativas adelantadas ante el ministerio de obras públicas. Pero no hay el menor dato que permita afirmar que el escrito fue simultáneo a la firma de la liquidación, ya que ni en el texto de ésta ni en el de los recibos se hace ninguna referencia a él. De manera que es un documento unilateral y aislado que por sí mismo nada sugiere, fuera de los datos que allí se dan y los que para que tengan algún valor requieren estar en el juicio probatoriamente respaldados.

Con esta explicación acerca del alcance de la liquidación y del finiquito otorgado por el contratista a la nación, por concepto de las obligaciones que ésta tenga pendientes con el doctor González, la Sala acomete el examen de cada uno de los tres capítulos del libelo.

— I —

Saldo por derrumbes extraídos.—Esta partida carece de comprobación: En la demanda limítase a expresar el demandante que la empresa del ferrocarril quedó debiéndole la suma de $ 29,387.56 por el concepto expresado pero omite explicar en detalle cómo se llega a obtener ese saldo con los mismos elementos que sirvieron de base a la liquidación. Por otra parte, ni del acta de entrega ni de la resolución del gerente contentiva de la liquidación aceptada por el apoderado de González tampoco se infiere error que diera base para verificar la correspondiente rectificación de cuentas.

Las resoluciones ministeriales menos fundan la reclamación. En ellas, como es-

ta dicho, el gobierno niega la existencia de la deuda, y aun afirma, refiriéndose a varios legajos de documentos que ante el ministerio presentara el apoderado de González, pero que en este juicio no fueron presentados, que de ellos más bien se deduce "un saldo a cargo del contratista, que la Nación pagó de más, y cuyo exceso debería devolver el contratista en caso de no admitirse como definitiva la liquidación practicada".

Unos cuadros encaminados a hacer constar el detalle "del cubo total de cada mina, del porcentaje pagado y del que ha sido retenido por la empresa, en distintas cubicaciones", son copias informales agregadas al expediente con el memorial de pruebas, desprovistas por lo tanto de valor, porque no son auténticas. Aun cuando copias auténticas de estos cuadros fueron pedidas a la gerencia del ferrocarril, ésta se abstuvo de remitirlas por estar actualmente en los archivos de la contraloría general los respectivos cuadros originales.

En el alegato de conclusión el apoderado del actor dice que la deuda por derrumbes dejó de pagársele al contratista "acudiendo a la argumentación inverídica de que tales derrumbes habían sido ocasionados por el uso inmoderado de explosivos; pero este uso inmoderado no ha sido comprobado en los autos, ni se ha demostrado que el interventor o persona alguna de la gerencia o del gobierno haya prevenido o censurado el mal empleo de la pólvora".

La resolución de la gerencia contentiva de la liquidación de las sumas debidas a González, aceptada por su apoderado Plata, nada contiene que dé base para afirmar que al contratista dejó de pagársele algo por derrumbes extraídos, por causa del uso inmoderado de explosivos. Sobre la liquidación de derrumbes dice la resolución:

"Derrumbes.

"Conforme a la cláusula décima del contrato, se estipuló que si en el curso de los trabajos se presentaban derrumbes perjudiciales para la obra, el contratista estaba obligado a extraerlos a razón de un peso cincuenta y tres centavos cada metro cúbico.

"Estos derrumbes fueron extraídos por el contratista, pero no en su totalidad, pues en el trayecto recibido queda un cubo de tierra por remover, causado por derrumbes, no inferior a doscientos mil metros cúbicos (200,000 M3), hecho que quedó plenamente establecido en la diligencia de recibo mencionada y del cual se dejó constancia por voluntad expresa de las partes que intervinieron en ella.

"También este incumplimiento fue allanado por el gobierno nacional, por voluntad expresa del contratista, habida consideración a que por administración directa se podía extraer el derrumbe a un costo mucho menor del pactado con el contratista. (Véase lo que sobre el particular dice el acta de recibo)."

Después agrega la misma resolución: "Según aparece de la diligencia de recibo de fecha veinticinco de enero citado y de los cuadros de cubicación presentados por el interventor, el contratista movió las siguientes cantidades de tierra..... en derrumbes, 136,678.89 M3..... El valor de los trabajos ejecutados por el contratista es el siguiente ..... En extracción de derrumbes, $ 209,118.70".

En consecuencia no hay ningún dato que haga verosímil la afirmación del apoderado de que so pretexto de que el contratista había hecho uso inmoderado de explosivos dejáronsele de reconocer sumas por derrumbes extraídos. Faltando ese hecho básico es inútil examinar si la supuesta excusa fue o no legal.

Por lo tanto, carece de razón este capítulo de la demanda.

—II—

Intereses.—El segundo capítulo de la demanda versa sobre el cobro de la suma

de $ 1,674.97, valor de intereses que se le hicieron efectivos al contratista.

En esta parte la demanda también es deficiente. Nada indica sobre la causa u origen de ese descuento, ni explica las razones en que se apoyara el gobierno para efectuarlos. La diligencia de entrega de los trabajos ejecutados por el contratista y la subsiguiente liquidación convenida de los valores causados por esos trabajos, de que da cuenta la resolución varias veces citada de la gerencia, tampoco hacen la menor mención de ese particular.

Es solamente en la resolución ejecutiva del 6 de julio de 1937, dictada para resolver definitivamente las reclamaciones del doctor González intentadas por la vía administrativa, y presentada en copia con las que le precedieron del ministerio de obras públicas, donde hay algunos datos acerca del origen del crédito que reclama el contratista por intereses que se le hicieron efectivos. En efecto. En aquella resolución bajo el capítulo "DEVOLUCION DE INTERES" el gobierno estudió esa demanda. Según lo que allí se expone el reclamo proviene de que la empresa del ferrocarril le cargó intereses al contratista, apoyándose en el artículo 9º de la ley 68 de 1923, que dispone que "los créditos a favor del tesoro devengan intereses a la rata del 12% anual, desde el día en que se hagan exigibles", sobre el valor de las entregas de elementos que la empresa le suministró al contratista durante la ejecución del contrato, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula 16ª de éste.

"De acuerdo con la cláusula trascrita dice el gobierno — los saldos respectivos por suministro de materiales, eran exigibles al llegar los momentos de los tres primeros pagos posteriores al suministro y en cantidades proporcionales a dichos tres primeros pagos".

"De hecho la empresa no exigió esos intereses, puesto que no los retuvo al hacer los tres primeros pagos; esa circunstancia, sin embargo, no les quitó a los créditos el carácter de exigibles desde las fechas respectivas; el contratista era deudor de la nación por sumas exigibles desde esa fecha y sobre ellas debía pagar el interés del doce por ciento anual".

Ignórase, porque la demanda calla completamente al respecto, si el demandante lo que pretende es hacer que la justicia corrija el concepto del gobierno declarando inaplicable al caso del suministro de materiales por la empresa al contratista, el mencionado artículo 9º de la ley 68 de 1923. Implícitamente se deduce esa pretensión, desde que el libelista hace materia de cobro la misma suma que le negó el gobierno. Empero tal cobro no es viable por esta razón:

No está demostrado que la empresa se equivocara al aplicarle al contratista la disposición mencionada ya que para declarar ilegal la deducción y por ende el pago indebido, habría que ver cuáles fueron los suministros sobre los que se cargaron intereses, en qué consistieron aquéllos y cuándo se hicieron. Todo lo cual implica el conocimiento de los documentos que la empresa tuvo en cuenta para efectuar la liquidación. Al respecto no hay ninguna prueba. La liquidación de la totalidad del contrato, hecha por la gerencia no habla de ese renglón. Y la resolución ejecutiva tampoco es prueba al respecto desde que ella tiende a negarle precisamente la pretensión al contratista. La suma que la resolución ordena devolver "corresponden — dice ella — a los cobrados sobre $ 6,978.50 que se le cargaron en exceso (al contratista), y que le fueron devueltos el 15 de marzo de 1929".

En estas condiciones el finiquito expedido por el contratista a la empresa cobra toda su fuerza viniendo a demostrar que entre ésta y el contratista no subsiste ninguna vinculación contractual proveniente del contrato a que la carta de pago se refiere.

De esta manera el segundo capítulo de la demanda también debe ser negado.

— III —

Valor del compresor. — La tercera petición refiérese al cobro del compresor marca Ingersol Rand, que el contratista dice que entregó a la empresa.

Sobre la entrega del compresor la resolución ejecutiva del 6 de julio de 1937 —única prueba del expediente que menciona ese asunto — dice en síntesis lo siguiente:

Que con las alegaciones mismas de González se acredita que el compresor carecía de una pieza importante, y fue entregado a persona no autorizada para recibirlo; por eso "no habiendo el vendedor cumplido con sus obligaciones la Nación no adeuda el valor del compresor".

Estas afirmaciones de la Nación colocaban al contratista en el deber de acreditar plenamente en este juicio la causa de la deuda consistente en que le vendió o le devolvió el compresor a la Nación por el precio que se cobra y que la entrega fue satisfactoria. Nada probó. Por eso son oportunos los siguientes conceptos del señor Procurador delegado en lo Civil ante la Corte:

"No hay un reconocimiento expreso de parte del Gobierno de que le fue comprado al contratista González el compresor a que la demanda se refiere por el precio que en ella cobra. Tampoco obra esa prueba en otra parte del proceso. El certificado oficial que cita el apoderado de la demandante en su alegato de conclusión no obra en los considerandos de la citada resolución ejecutiva sino como una transcripción de lo dicho por el apoderado del contratista González. Pero aun admitiendo que el Gobierno, en los demás considerandos de la resolución, haya reconocido la existencia del contrato de compraventa del compresor, falta la prueba de lo siguiente: 1º Que la venta se hizo por el precio que se cobra en la demanda. 2º Que el compresor fue debidamente entregado al Gobierno, ya que éste negó ese hecho desde el período administrativo del negocio, y que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

El crédito por el valor del compresor corre la misma suerte de los anteriores. Es decir está desprovisto de fundamento.

Por las consideraciones precedentes la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ABSUELVE a la Nación de todos los cargos contenidos en la demanda inicial de este pleito promovido por la señora Ana Dolores Rojas de González en su calidad de representante de la sucesión del doctor Juan B. González.

No hay costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Juan A. Domado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

NOTAS

ACUERDO NUMERO 3

(Junio 3 de 1940).

En Bogotá, a tres de junio de mil novecientos cuarenta, se reunieron en la Sala de Acuerdo los señores Magistrados de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia doctores Juan A. Donado V., Aníbal Cardoso Gaitán y Arturo Tapias Pilonieta con el fin de hacer elección de Conjueces para el período en curso y al efecto resultaron elegidos los siguientes señores en el orden respectivo:

1º Luis Eduardo Gacharná.
2º José Antonio Archila.
3º Alejandro Bernate.
4º Carlos H. Pareja.
5º Fabio Hernández.
6º Enrique A. Becerra.

Los señores Conjueces cuya lista aparece anteriormente, fueron elegidos por unanimidad, y se dispuso comunicar estos nombramientos al señor Ministro de Gobierno y a los nombrados.

Acto seguido se levantó la sesión.

El Presidente,

JUAN A. DONADO V.

Los Magistrados,

Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta.

El Secretario,

Manuel Pineda Garrido.

República de Colombia — Poder Judicial— Corte Suprema de Pusticia — Presidencia — Número 56 — Bogotá, agosto 9 de 1940.

Señor doctor Arturo Tapias Pilonieta.

L. C.

Tengo el honor de transcribirle la proposición aprobada por unanimidad por la Corte Plena en su sesión de ayer:

"La Corte Suprema de Justicia

deplora el fallecimiento ocurrido ayer en Bogotá de la distinguida matrona doña Nieves Pilonieta v. de Tapias, ejemplar altísimo de las madres fuertes y virtuosas de Colombia, quien con entereza y energía singulares cumplió a plenitud su misión excelsa en el hogar.

La Corte presenta su condolencia a la familia de la extinta y en particular a su hijo el señor Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta".

Comuníquese y publíquese en la Gaceta Judicial".

De usted atento y seguro servidor,

(Fdo). HERNAN SALAMANCA.

Presidente de la Corte.

INDICE

Pág.

EDITORIAL — LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO (Continuación), por Bernardo Larrain Vial. 455

SALA PLENA

DECRETO ACUSADO Nº 1892, EN SUS ARTICULOS 2º y 3º — POTESTAD REGLAMENTARIA. —IMPUESTO SOBRE LA RENTA SOBRE UTILIDADES Y SOBRE PATRIMONIO — SISTEMA DE LA LEGISLACION COLOMBIANA SOBRE LOS IMPUESTOS DE RENTA Y PATRIMONIO. — Se declaran exequibles los artículos 2º y 3º del Decreto Nº 1892 de 4 de agosto de 1938. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 464

LEY 165 DE 1938, SOBRE CREACION DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 1º, 2º Y 11. — Se declaran exequibles los artículos acusados. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. . . 473

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION PRINCIPAL SOBRE MEJOR DERECHO A UNA POLIZA DE SEGURO Y DE RECONVENCION PARA EL PAGO DEL VALOR DE ESA POLIZA. —SEGURO DE UNA FINCA HIPOTECADA. — Se casa la sentencia del 29 de marzo de 1939 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y se revoca la de primera instancia proferida por el Juzgado 3º del Circuito de Cali el 2 de octubre de 1937. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 477

OBJECIONES A UNA PARTICION. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de julio de 1939.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 487

RECURSO DE HECHO. — ACTUACION. REVALIDACION DE PAPEL. — Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por Policarpo Neira Martínez como apoderado de la Compañía de Samacá, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 8 de noviembre de 1939, en el juicio ordinario seguido contra la expresada compañía por Gregorio Torres. — Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 491

RECURSO DE HECHO. — PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION. — Se niega el recurso de hecho interpuesto en el ordinario por simulación seguido por Andrés Valencia contra Milciades Vera. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 493

ACCION DE CANCELACION DE HIPOTECA. — NOVACION. — DOCTRINA DE LOS AUTORES. — CESION DE CREDITOS. — TECNICA DE CASACION. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja el 16 de junio de 1939, en el ordinario seguido por Isaías R. Saavedra contra Bernardo Cárdenas para la cancelación de una hipoteca. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 498

CONTRATO DE TRABAJO. — AUXILIO DE CESANTIA. — LEY 10 DE 1934. — TRAMITACION BREVISIMA DE ESTOS JUICIOS. — Se declara que no es susceptible de ser considerada en casación, por falta de jurisdicción de la Corte, la resolución de 16 de diciembre de 1938, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio seguido por Pedro Bohigas y Canadell contra Antonia Puiol Mateu, sobre prestaciones originadas en un contrato de trabajo. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 503

ACCION SOBRE DECLARACION NEGATORIA DE UNA SERVIDUMBRE. INCONGRUENCIA. — SERVIDUMBRE DE ALBAÑAL. — No se casa la sentencia del 24 de julio de 1939, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Ricardo Londoño Mejía y Lelia Arango Echeverri contra el Municipio de Manizales. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 511

RECURSO DE CASACION. — Se declara inadmisible el interpuesto por los demandados Pedro Ignacio Uribe U. y María Teresa Uribe U., y se admite el interpuesto por Juan Bautista Neira contra la sentencia del 2 de marzo de 1940 del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 517

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — POSICIONES. — Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 14 de febrero de 1939 y se revoca la de primera instancia, proferida por el Juez del Circuito en lo Civil de Sogtá, en el ordinario de Octavio Fuentes contra José Milciades Leguizamón sobre nulidad por simulación. — Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. 520

RECURSO DE HECHO.—Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 6 de fe-

Pág.

brero de 1940, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario seguido por Agustín Prieto contra Macario Mora y Luis A. Medina.— Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 527

CONTRATO DE TRABAJO. — PROCEDIMIENTO BREVE Y SUMARIO.— CARENCIA DE JURISDICCION DE LA CORTE PARA CONOCER DE ESOS JUICIOS. — Se declara que no es susceptible de ser considerada en casación la sentencia del 23 de agosto de 1939, del Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio seguido por Gabriel Jiménez Velasco contra Dionisio Vélez Torres, sobre prestaciones originadas en un contrato de trabajo. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 529

USUCAPION. — DESLINDE. — INTERRUPCION DE LA USUCAPION.— APRECIACION DE PRUEBAS.— COSTAS. — No se casa la sentencia de 31 de julio de 1939 del Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario seguido por Gorgonio González contra Tiburcio Argüello sobre reivindicación de un terreno.— Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 536

SE DECRETA EL DESISTIMIENTO DEL JUICIO POR TRANSACCION. — Se admite el desistimiento del recurso de casación en el ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por José de Jesús Criollor contra la Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie. — Magistrado ponente, Dr. Isaías Cepeda. 543

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. — ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. — MANDATO. — MEDIOS NUEVOS EN CASACION. — No se infirma la sentencia de 29 de marzo de 1939 del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario seguido por Hernando Moreno contra el Municipio de Medellín por perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 544

ACCION DE NULIDAD DE UNA DILIGENCIA DE ENTREGA Y OTRAS NULIDADES. — Se casa la sentencia de 25 de octubre de 1938 del Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Elías González H. contra Emeterio Rodríguez sobre reivindicación. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 551

RECURSO DESIERTO. — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Rafaela Torres de Cifuentes y por María del Carmen Acosta de Cuestas, contra la sentencia de 29 de noviembre de 1939 del Tribunal Superior de Bogotá, en el sucesorio de Aurelio Avellaneda.— Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 553

TESTAMENTO VERBAL. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 31 de mayo de 1938 en el ordinario seguido por Ramón Jaramillo contra Alfonso M. Velásquez.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 559

Pág.

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO EJECUTIVO. — QUE DERECHOS PUEDEN RENUNCIARSE Y CUALES NO. — No se casa la sentencia de 23 de septiembre de 1938 del Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de David Beltrán contra Ignacio Gutiérrez. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 566

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — FACTORES O DEPENDIENTES DE COMERCIO. — No se casa la sentencia de 21 de agosto de 1939 del Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Feliciano Ríos contra Rafael Jenaro Mejía sobre restitución de un café. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 572

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION. — No se casa la sentencia de 12 de julio de 1939 del Tribunal Superior de Bogotá, aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión de María Josefa Salas de Solano.— Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 577

OBJECIONES A UNA PARTICION. — RECURSO DE CASACION. — NULIDADES ALEGADAS EN CASACION. No se casa la sentencia de 20 de septiembre de 1940 del Tribunal Superior de Bogotá, que confirma la aprobatoria de la partición de los bienes de la sucesión de José Martínez. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón... 581

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION. — Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 2 de febrero de 1940, en el ordinario reivindicatorio intentado por Francisco Jiménez contra Patrocinio Figueroa.— Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 586

SALVAMENTO DE VOTO del doctor Isaías Cepeda a la sentencia anterior.. 589

REIVINDICACION. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena de 14 de julio de 1939, en el ordinario reivindicatorio de Luis C. Aguilar y Elías G. Cásseres contra Federico Terril. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 590

RESOLUCION DEL CONTRATO Y RESTITUCION DE BIENES. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de 11 de julio de 1939, en el ordinario de Leopoldo Osorio contra María Rita Osorio Rodríguez.— Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda..... 596

OBJECIONES A UNA PARTICION. — GASTOS DE PARTICION. — HONORARIOS DEL PARTIDOR. — PORCION CONYUGAL. — No se casa la sentencia de 21 de septiembre de 1939 del Tribunal Superior de Popayán, confirmatoria de la que aprobó la partición en el sucesorio de Eusebio Rivera. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 602

REIVINDICACION. — DOMINIO. — INCONGRUENCIA. — No se casa la sentencia de 16 de septiembre de 1939 del

Pág.

Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de reivindicación de Angel M. Taborda y otros contra Inocencio, Celestino y Joaquín Marín.— Magistrado ponente, Ricardo Hinestrosa Daza.. 608

OPOSICION A ADJUDICACION DE BALDIOS. — DOMINIO DE TIERRAS POR LA CORONA ESPAÑOLA. — Se casa la sentencia de 28 de junio de 1938 del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de oposición a la adjudicación de unos baldíos seguido por Beatriz Noguera contra Patricio de Avila. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 611

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION en el ordinario de Emilio Castaño contra Wenceslao Castaño. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 618

ACCION DE PERJUICIOS. — INSPECCION OCULAR. — No se casa la sentencia de 28 de febrero de 1939 del Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario por perjuicios de Manuel Díaz Campo contra la United Fruit Company. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 619

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

APLICACION DE LA LEY MAS FAVORABLE EN PUNTO DE REINCIDENCIAS. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil de 23 de agosto de 1938 en el juicio seguido contra Luis Francisco Hurtado. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 627

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 26 de noviembre de 1938, en la causa contra Jacinto Garzón y Polonia Rodríguez de Garzón. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 630

HOMICIDIO COMETIDO EN EL ACTO DE RECIBIR GOLPES. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Neiva de 11 de octubre de 1938, en el juicio contra Waldo Vargas. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 633

NULIDAD. — DEFINICION DE HOMICIDIO. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de 15 de abril de 1939, en el juicio contra Sinforoso y Gaspar Uribe por asesinato. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 636

HOMICIDIO-ASESINATO. — Se condena a los encausados Apolinar Jiménez y Natividad Macías. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo.. 638

LA JURISDICCION DEBE ESTAR DETERMINADA EN LA LEY.— A QUIENES CORRESPONDE JUZGAR A LOS JUECES DE TIERRAS. — Se dispone devolver el expediente al Tribunal Superior de Ibagué por carecer la Corte de jurisdicción para conocer. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 641

DETENCION ARBITRARIA.— RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS POR ESTE DELITO. — Se impone una multa al ex-secretario de gobierno del departamento de Santander. — Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. . 643

DECLARACION DE CASACION DEL PROCEDIMIENTO. — Se declara que no existe el hecho o hechos que la señorita Julia Escallón les atribuye a los magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Bogotá. — Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 647

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. — Se sobreseé definitivamente en favor del doctor Antonio José Camacho. — Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre. 649

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA JUZGAR A LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. — La La Sala Penal se declara incompetente para conocer del proceso de responsabilidad contra el doctor Luis Alejandro Gaitán. 650

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. — Se declara incompetente la Corte para conocer del proceso de responsabilidad contra los doctores Rafael A. Díaz M., José Cayzedo Leiva y José Vicente Peñuela S. — Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 654

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN INCIDENTE DE EXCEPCIONES. Se ordena devolver el expediente al Tribunal de Cali por carecer la Corte de competencia para conocer del incidente de excepciones en el ejecutivo de la Nación contra Julio Navia R. 657

EXCEPCIONES. — Se confirma la sentencia de excepciones pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja el 9 de junio de 1940 en el ejecutivo adelantado por el recaudador de saldos fiscales de Boyacá contra Constantino Russi. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 658

ACUMULACION DE AUTOS A JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA. — Se revoca el auto de 7 de julio de 1939 del Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá en el ejecutivo contra Jorge Mateus. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 661

INTERDICTO ESPECIAL POSESORIO DE DESPOJO. — Se reforma la sentencia apelada de 24 de abril de 1939 en el juicio de Aparicio Sánchez contra el Departamento de Cundinamarca. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 663

Pág.

EXCEPCIONES. — ACUERDO SOBRE PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 29 de agosto de 1938, en el ejecutivo de la Nación contra Guillermo Benavides.— Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gallán. 668

DECLARACION DE ACCESION. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 31 de agosto de 1939, en el ordinario de Ernesto Ferro Zea contra el Departamento del Tolima. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 671

SECUESTRO. — Se confirma la resolución del juez que practicó el secuestro en el ejecutivo de la Nación contra Víctor M. Martínez y otros. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 674

EXCEPCIONES. — DECLARACION DE RENTA. — Se declaran no probadas las propuestas en el ejecutivo de la Nación contra Gustavo Smith. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 677

SECUESTRO. — Se confirma la resolución apelada en el ejecutivo de la Nación contra los herederos y cónyuges de Tobías Acevedo.— Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 679

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LA APELACION PROPUESTA. — Se declara así en el de la Nación contra Delfina Perafán v. de Dorado. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 681

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN INCIDENTE DE EXCEPCIONES. — Así se declara en el ejecutivo de la Nación contra Lisandro Peláez. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 682

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN INCIDENTE DE ACUMULACION DE AUTOS.—Así se declara en el ejecutivo de la Nación contra la Sociedad Colombiana Mining Exploration Company.—Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado. . . 683

EXCEPCIONES. — ALCANCE DEDUCIDO POR TANTEO. — Se confirma la sentencia de 25 de septiembre de 1939 del Tribunal Superior de Bogotá en el ejecutivo del Departamento de Cundinamarca contra Senén Santos y su fiador. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 684

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. — DENUNCIA DEL PLEITO. — Se infirma el auto de 7 de diciembre de 1938 del Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio de oposición a la adjudicación de unos baldíos propuesta por la United Fruit Company. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 688

NULIDAD DE LO ACTUADO. — Se declara la nulidad de la actuación en el juicio seguido por el Juzgado de Rentas Intendenciales del Chocó contra Gorgonio Guerrero Rojas. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. . 691

Pág.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION POR RAZONES DE ORDEN PROCESAL. — Se declara que no es la oportunidad de que la Sala actúe en el juicio seguido por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra Filomena Vesga Blanco y otra.. 693

EXCEPCIONES. SE CONFIRMA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA de 29 de septiembre de 1939, en el ejecutivo adelantado por el Juzgado departamental de ejecuciones fiscales contra José T. Riaño. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 694

SE ORDENA DEVOLVER EL EXPEDIENTE a la oficina de origen, en el ejecutivo de la Nación contra Belisario Pérez. . Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 696

SE DECLARA EJECUTORIADO EL AUTO RECURRIDO en el juicio de la Nación contra la Magdalena Fruit Company por exceso de adjudicación de unos baldíos. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 697

DESISTIMIENTO. — Se admite el propuesto por Francisco Andrade y otro en la oposición a la propuesta de un contrato de explotación de petróleo hecha por Frederick K. Ryan. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado. 698

PETICION DE AMPLIACION DE UN DICTAMEN PERICIAL. — Se confirma el auto de 26 de octubre de 1939, del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Julio S. Cuervo y otro contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 699

EXCEPCIONES. — Se reforma el auto de 9 de octubre de 1939 del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Flor Elisa Rodríguez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado. 702

PRUEBAS. — DESGLOSE. — Se revoca en parte el auto de 3 de agosto de 1939 del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Inés Rodríguez v. de Solano contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 704

EXCEPCIONES. — Se confirma el auto de 8 de septiembre de 1939 del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario por perjuicios de Félix Antonio Otero contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 707

REVALIDACION DE PAPEL. — RECURSO DE HECHO. — Se declara inadmisible el recurso de hecho interpuesto en el ejecutivo seguido por el Departamento de Cundinamarca contra la Richmond Petroleum Company. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado. 709

EXCEPCIONES. — Se declaran no probadas las propuestas en el ejecutivo de la Nación contra la sucesión de José Angel Bohórquez.— Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 713

Páginas

EXCEPCIONES. — MERITO EJECUTIVO.— FIANZA. — Se declara probada una excepción y se ordena cesar la ejecución en el ejecutivo de la Nación contra Antonio Gutiérrez y otros.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 716

INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UNAS EXCEPCIONES. — Así se declara en el ejecutivo de la Nación contra la sucesión de Carlos A. Acosta. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado. 719

NUEVAS EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. — Se declaran improcedentes las nuevas excepciones propuestas en el ejecutivo de la Nación contra Miguel A. Uribe. —Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán . . . 720

EXCEPCION. — Se declara probada la propuesta en el ejecutivo de la Nación contra los herederos de Rosa o Rosalvina Téllez. — Magistrado ponente, el doctor Arturo Tapias Pilonieta 722

SE CONFIRMA EL AUTO EJECUTIVO APELADO en el ejecutivo de la Nación contra el Expreso Tobón. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 724

EXCEPCIONES. — PRESCRIPCIONES CONTRA CREDITOS DEL ESTADO. OPOSICION AL SECUESTRO EN UN JUICIO EJECUTIVO. — Se declara probada la excepción de prescripción en el ejecutivo de la Nación contra Eliseo Jaramillo y Juan Garcés.—Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado. 725

NOTIFICACIONES EN JUICIOS DE CUENTAS. — Se declara probada una excepción en el ejecutivo de la Nación contra Julio Restrepo y otros.—Magistrad oponente, doctor Juan Antonio Donado. 729

EXCEPCIONES. — SOCIEDAD CONYUGAL. — Se declara no fundada la excepción propuesta por los herederos de Tobías Acevedo y parcialmente probada la propuesta por Ana Mantilla v. de Acevedo en el ejecutivo de la Nación contra la sucesión de Tobías Acevedo. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 732

DECLARACION DE RENTA. — LIQUIDACION DE LA RENTA. — Se declara no fundada una excepción y probada otra en el ejecutivo de la Nación contra Marco A. Tobón. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 735

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. La Corte se declara incompetente para conocer de la apelación propuesta en el ejecutivo de la Nación contra Manuel Arbeláez A. y señora. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado. 739

EXCEPCIONES.— JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.— COSA JUZGADA EN ESTE RAMO.— Se declara que la Corte carece de facultad legal para examinar los hechos propuestos en el ejecutivo de la Nación contra Pedro E. Gómez O. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 740

EXCEPCIONES. — Se declara no probada la excepción propuesta en el ejecutivo de la Nación contra Laboratorios del Pacífico S. A. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 746

JUICIO DE VENTA DE BIENES HIPOTECADOS. — CESION DE CREDITOS HIPOTECARIOS. — Se confirma el fallo de 8 de septiembre de 1938 del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de venta de unos lotes seguido por Ruperto Aya contra el Departamento de Cundinamarca. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 748

EXCEPCIONES. — ALCANCES DEFINITIVOS. — Se declara probada la excepción propuesta por Gustavo Franco en el ejecutivo de la Nación contra éste y Luis J. Franco. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 754

IMPUESTO DE IMPORTACION. — Se confirma el auto apelado de 15 de marzo de 1940 pronunciado por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario de la Sociedad "Maizena, S. A." contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 759

CONTRATO DE TRABAJO. — JORNALES DE UN VIGILANTE O CELADOR.— Se reforma la sentencia de primera instancia de 3 de febrero de 1939 proferida por el Tribunal Superior de de Medellín en el ordinario por pesos de José Domingo Arroyave contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 763

APELACION INTENTADA POR QUIEN NO ES PARTE EN EL JUICIO. — Se abstiene la Corte de revisar la providencia recurrida en el ejecutivo de la Nación contra Aura Bryon de Camacho y otros por pesos. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 770

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

REQUERIMIENTOS PREJUDICIALES.— No se accede a verificar el requerimiento solicitado por Jorge Martínez L.— Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 772

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — JURISDICCION DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA. No se acepta la demanda propuesta por Germán Molina Callejas contra la Nación y otros 774

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.— Se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda de Ana Dolores Rojas de González en su condición de heredera de Juan B. González. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 778

NOTAS

Acuerdo número 3 de junio 3 de 1940... 783

Nota de la Presidencia de la Corte al doctor Arturo Tapias Pilonieta 783

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

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

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".

(Procemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLIX. Agosto y Septiembre de 1940. NUMERO 1959.

LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO

(Continuación)

Por

BERNARDO LARRAIN VIAL

40.—La lesión en la partición de bienes.—*Al estudiar esta nueva excepción al principio general del art.* 1118, *seguiremos el orden del Código Civil que distingue entre la partición ordinaria y la partición hecha por ascendiente.*

Sobre la lesión en materia de partición no se han presentado las apasionadas polémicas que vimos al tratar de la venta de inmuebles. El artículo 887 *del Código Civil, que la consagra, no ha hecho más que repetir el principio tradicional y lógico de hacer primar la igualdad en las particiones. Dice esta disposición en su parte pertinente: "También puede haber lugar a la rescisión cuando uno de los coherederos dice habérsele perjudicado en más de la cuarta parte". La lesión, expresa el artículo* 890, *se calcula conforme a la estimación de los bienes a la época de la partición. El porcentaje fijado por el Código, inspirado en la opinión de Pothier, hace que sólo se pueda invocar esta acción cuando alguno de los herederos haya recibido menos de las*

tres cuartas partes de la porción que le corresponda.

El artículo 891 dispone que "el demandado por acción de rescisión puede impedir su curso y evitar una nueva partición, ofreciendo y dando al demandante el suplemento de su porción hereditaria, sea en dinero o en especies". Es ésta una disposición análoga a la de la compraventa, con la única diferencia de que aquí no se retiene el 10% del valor.

Para evitar que las partes puedan burlar la ley dando a sus actos una forma o nombre distinto, se establece que la acción de rescisión es admisible contra cualquier acto que tenga por objeto hacer cesar la indivisión entre coherederos, aunque sea calificado de venta, cambio, transacción o de cualquiera otra manera (artículo 888). No cabe duda que esta disposición se refiere a un acto normal y legítimo, aún distinto de la partición, pero que pone fin a la indivisión (78). Limitar su aplicación a los casos de fraude, disimulando la partición bajo la apariencia de otro acto jurídico, no puede ser un criterio muy recomendable. Para atacar esos actos bastaba con los principios generales.

En dos casos no se aplica este artículo. El primero está contemplado en la misma disposición que agrega: "Pero, después de la partición o del acto que hace sus veces, no puede admitirse la acción de rescisión contra la transacción hecha sobre dificultades reales que presentada la primera acta, aun cuando no hubiese habido pleito comenzado". Aquí no se trata de una primera transacción que ponga fin a una indivisión, sino a la que se celebre después del acto de división, sobre dificultades reales nacidas en la interpretación de este mismo acto.

La segunda excepción a esta regla la encontramos en el artículo siguiente: "La acción no se admite contra la venta de un derecho a la herencia hecha con fraude a uno de los coherederos, de su cuenta y riesgo por los otros coherederos o por uno de ellos". La frase de su cuenta y riesgo que emplea el artículo nos muestra el carácter aleatorio que presenta esta venta. Así, él no vendría a ser sino una confirmación del principio general de que la lesión no se aplica a los contratos de valor indeterminado.

La rescisión por lesión en las particiones, como en la venta, es de naturaleza objetiva. Sólo habrá lugar a ella si un heredero sale perjudicado en más de un cuarto de la cuota. Se atiene únicamente al daño sufrido.

La ley no ha indicado, para esta acción, un plazo especial de prescripción. Se aplica, entonces, el artículo 1304 que dice: "En todos los casos en que la acción de nulidad y de rescisión de un convenio, no está limitada a menos tiempo por una ley particular, la acción dura diez años". El plazo se cuenta desde el día de la partición.

La partición realizada por ascendiente, que es la otra forma a que se refiere el Código francés, está contemplada en el artículo 1079, y podrá ser impugnada por causa de lesión en más de la cuarta parte. La prescripción como en el caso anterior será la común de diez años.

Finalmente, la rescisión por lesión de más de un cuarto se aplica a toda clase de particiones. Quedan así comprendidas, tanto la partición de una comunidad, como la de una so-

---

(78) PLANIOL: Ob. cit., t. III, pág. 542, Nº 2425; COLIN y CAPITANT: Ob. cit., tomo III, pág. 580; BAUDRY-LACANTINERIE: Ob. cit., pág. 760, Nº 3472; LAURENT: Ob. cit., t. X, pág. 509, párrafo 625; PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., t. IV, pág. 785, Nº 690.

ciedad. (*Artículos* 1476 *y* 1877) (79).

41.—*La lesión en la aceptación de una herencia.—Se concede la rescisión por causa de lesión al mayor de edad que hubiere aceptado una herencia "únicamente en el caso de que la herencia se hubiese consumido o disminuído en más de la mitad, por la aparición de un testamento desconocido en el momento de la aceptación". Esta disposición, calificada por Planiol como una "inadvertencia legislativa", jamás se ha aplicado, a pesar de llevar cerca de cien años de vigencia* (80). *Al tratar de nuestro artículo* 1234 *que consagra una norma más o menos igual a la francesa, recién copiada, la analizaremos con mayor detención. Nos referimos, pues, a esa parte de nuestro estudio.*

42.—*Limitación de intereses.—El artículo* 1907 *establece dos clases de intereses: legales y convencionales. Los legales han de ser fijados por una ley.*

La ley de 1807 *fijó la tasa legal en un* 5% *para operaciones civiles y en un* 6% *en materia comercial. Los convencionales no podrían exceder nunca a los legales.*

La sanción civil por la violación de las reglas precedentes es la imputación a la deuda de todo interés percibido que exceda a la tasa legal. Se establece también una sanción penal, ella es la creación del delito de usura para la violación habitual de la ley.

43.—*A la anterior enumeración de casos, en que contempla la lesión el Código Civil francés, podríamos agregar aquellos de la Sociedad y del juego. La convención que da a uno de los asociados la totalidad de los beneficios o que le exime de toda contribución en las pérdidas podría anularse conforme a los términos del artículo* 1855 *de dicho Código.*

En el juego, que confiere acción al ganador (juego de fuerza o destreza corporal), se permite al juez rechazar la demanda de éste cuando la suma demandada le pareciese excesiva.

44.—*Con esto terminamos el estudio de la lesión ante el Código Civil francés. Sus disposiciones podríamos señalarlas como el fruto de una verdadera transacción. Se ve en ellas la lucha constante mantenida entre los partidarios de esta institución y los sostenedores de la libertad contractual. Se le acepta pero sólo para ciertos contratos y siempre que exceda a una tasa prefijada. "No hay valor para ir hasta lo último de una concepción que igualaría la situación de hecho entre las dos partes contratantes; y no es, en suma, la situación individual de las partes la que se toma en consideración sino la calidad jurídica del contratante lesionado"* (81). *Se aparta así de la concepción que han adoptado los Códigos modernos que tienden a ampliar en forma considerable la extensión de este principio.*

45.—*A pesar de los grandes inconvenientes e insuficiencias que presenta esta legislación, la jurisprudencia francesa, con su característica elasticidad, ha tratado por todos los medios a su alcance de ponerla a tono con las modernas e imperiosas exigencias sociales. El criterio esencialmente práctico, proverbial en el magistrado francés, le ha permitido resolver todos los casos atendiendo más a la equidad que a la estricta aplicación de los textos legales que él sabe injustos e inapropiados. Para llegar*

(79) En cuanto a sociedades, vésse AUBRY et RAU: Ob. cit., pág. 573 t., IV, párrafo 385; DEMOGUE: Ob. cit., t. I, pág. 445, Nº 422; y en lo que se refiere a comunidades, AUBRY et RAU: Ob. cit., t. V, págs. 431 y 432, párrafo 510, nota 28; LAURENT: Ob. cit., t XXIII, pág. 22, Nº 15; DEMOGUE: Ob. cit., t. I, página 644, Nº 422.

(80) PLANIOL: Ob. cit., t. III, pág. 406, Nº 1986.

(81) DEMONTES: Ob. cit., pág. 123.

a este resultado, tuvieron los tribunales que apoyarse en algunos principios de derecho susceptibles —por una interpretación amplia— de dar soluciones más conformes con los dictados de la conciencia.

El primer recurso que se les presentó fue la teoría de los vicios del consentimiento. Ellos les proporcionaron un ancho y fecundo campo en qué basar sus salomónicas sentencias. Por otra parte, esta teoría se encontraba en perfecta armonía con el espíritu general de la legislación francesa imbuída, hasta sus más lejanas consecuencias, del principio de la autonomía de la voluntad. "Solamente, que utilizándolos así, se han cambiado sus primitivos conceptos y estas instituciones que tenían por fin proteger la voluntad psicológica y jurídica, sirvieron a veces para protegerla en su fin económico. La violencia, el error y el dolo fueron uno a uno prestando su contribución, diferente desde luego y dominada por los casos especiales a los cuales se aplicaban las decisiones tomadas" (82).

Al tratar del concepto doctrinario de la lesión, veremos cuán distante se encuentra de ser un vicio del consentimiento. Por ahora, bástenos saber que esta jurisprudencia, verdadera jurisprudencia pretoriana, no limitó a esto su afán creador, sino que trajo, también, a colación, para estos fines, a la muy discutida teoría de la causa y al artículo 1896 *del Código Civil. Esta última disposición establece que se reputa gratuito todo mandato si no existe acuerdo en contrario. De ella se ha desprendido la lógica conclusión de que "los tribunales tienen un derecho soberano a reducir la remuneración prometida a los mandatarios si les pareciere exagerada".*

Como esta pequeña ampliación del artículo 1896, *fuere aún susceptible de aumentarse un poco más, se extendió la anterior conclusión a otras figuras jurídicas que no quedan comprendidas dentro del calificativo de mandato. Los tribunales reducen así los honorarios de los abogados, notarios, ingenieros, médicos, arquitectos, etc.* (83).

En fin, el análisis de todos los medios de que se han valido los tribunales para conseguir una más justa y equitativa solución de los casos prácticos, sometidos a su conocimiento, daría por sí solo tema para una Memoria. Con la mera enunciación de los principales, creemos haber cumplido nuestro objetivo de mostrar hasta dónde puede, el solo Poder Judicial, a pesar y aun contra las disposiciones de una legislación, que no está de acuerdo con la época, conseguir que se implanten la equidad y que se dén soluciones apropiadas a los días en que vivimos. (84).

46. — La lesión en algunas leyes posteriores al Código Civil francés.- *Francia ha contado con la enorme ventaja de tener, junto a su rectificadora jurisprudencia, un poder legislativo fiel intérprete de las nuevas tendencias. Ello le ha permitido conservar por más de un siglo su Código Civil, y marchar, al mismo tiempo, a la cabeza de la legislación mundial.*

Entre estas leyes analizaremos, en primer lugar, la de 8 *de julio de* 1907, *que se refiere a las ventas de abonos y sustancias destinados a la alimentación de animales de una hacienda. Se otorga una acción de reducción del precio, más daños y perjuicios, al comprador lesionado en más de un cuarto por la compra de dichas sustancias.* (85). *Esa acción sólo protege al comprador, siempre*

(82) DEMONTES: Ob. cit., pág. 134.

(83) JOSSERAND: Les mobiles dans les actes juridiques, pág. 129, Nº 98.

(84) Sobre esta jurisprudencia consultar, DEMOGUE: Ob. cit., t. I, págs. 662 y sigtes.

(85) Josserand: Ob. cit. pág. 128, Nº 98.

que sea agricultor, y no al vendedor, y además se excluyen de las sustancias alimenticias aquellas no fabricadas, como paja, granos, etc. (86). *La acción prescribe en un plazo de cuarenta días contados desde la entrega de los efectos.*

Otra ley, de interés para nuestro estudio, es la que se refiere a convenciones de asistencia y salvataje marítimo. Dictada el 29 de abril de 1916 dispone en su artículo 7°: "Toda convención de asistencia o de salvataje, celebrada en el momento y bajo la influencia de un peligro, puede, a requerimiento de una de las partes, ser anulada o modificada por el tribunal, si estima que las condiciones convenidas no son equitativas. En todos los casos en que se prueba que el consentimiento de una de las partes ha estado viciado por dolo o reticencia y la remuneración es excesiva en uno u otro sentido, fuera de proporción con el servicio prestado, la convención puede ser anulada por el tribunal a petición de la parte interesada". Esta ley no es más que una consagración de las reglas uniformes, propuestas para todos los Estados por la convención internacional de Bruselas, celebrada el 23 de septiembre de 1910. Equivale, en definitiva, a que sea el juez —y no las partes interesadas— quien haga el contrato. Puede, no sólo anular y reducir las cláusulas del contrato, sino, aún, modificarlas y sustituir una obligación por otra. (87).

El 31 de marzo de 1927 se declaró, por una ley, ilícita y nula toda convención tendiente a imponer al arrendatario un precio de locación que no sea proporcionado al valor del local.

Luégo, podemos mencionar una serie de leyes destinadas a fijar los precios de algunos productos, y a establecer para ciertas categorías de obreros y empleados salarios mínimos.

También existe otro grupo de leyes que tratan de imponer la inserción de ciertas cláusulas en los contratos o de prohibir la estipulación de otras.

No terminaremos esta breve reseña de algunas leyes francesas sin mencionar aquella que aplicó la teoría de la imprevisión. Esta moderna teoría fue seguida por la ley Failliot el 21 de enero de 1918, que rigió hasta el 31 de julio de 1920. Ella facultaba al magistrado para rescindir o suspender la ejecución de los contratos de fecha anterior al 1° de agosto de 1914, siempre que su cumplimiento fuere tan injusto que no se hubiere celebrado de haberse previsto las consecuencias de la guerra.

La teoría de la imprevisión tiende a modificar un contrato, que ha nacido perfectamente válido y normal, por sobrevenir circunstancias que lo hacen lesionario en el momento de su ejecución. Entre estas circunstancias podríamos mencionar las guerras, crisis económicas, depreciaciones monetarias u otras que constituyan hondas modificaciones a la situación existente al tiempo del contrato y que harían, por lo tanto, manifiestamente injusta la exigencia de su cumplimiento. Es una doctrina que no cuenta, salvo escasas excepciones como la del artículo 373, inciso 2° del Código Federal Suizo de las Obligaciones, con las simpatías de las legislaciones actuales.

En Francia los tribunales ordinarios no la han admitido jamás. Sólo los administrativos la han acogido para modificar ciertos contratos de interés público, cuyo cumplimiento resultaba manifiestamente injusto debido a los trastornos económicos producidos por la guerra mundial. "Y la verdad es que resulta inexplicable este diferente criterio para aplicar una

(86) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 644, número 421.

(87) Demontes: Ob. cit., pág. 158.

misma teoría al Derecho Público y al Derecho Privado, "cuando apesar de todas las divergencias que separan al Derecho Administrativo del Derecho Civil, la teoría de la imprevisión supone una base muy amplia de moralidad, comunes a todas las ramas del derecho". (Capitant) (88).

Otras legislaciones.

47.—Derecho Italiano.—*El Código Civil Italiano tiene sólo ligeras diferencias con el francés. En el párrafo "Del consentimiento" se han suprimido las disposiciones que tratan de la lesión y de la estipulación por otro. Termina dicho párrafo con el artículo* 1115 *que habla del dolo. No se encuentra, entonces, una disposición general como la francesa del artículo* 1118.

Este Código acepta la lesión en los siguientes casos:

1°—*En las operaciones de compraventa de inmuebles, en favor del vendedor que ha sido lesionado en más de la mitad. A ellas se refieren los artículos* 1529 *a* 1537.

Como la ley italiana admite la comerciabilidad de los actos recaídos sobre inmuebles, es un punto muy discutido el de saber si la venta de un inmueble en una operación comercial es o no susceptible de ser rescindida por causa de lesión. Algunos autores se pronuncian por la negativa, mas lo cierto es que los tribunales han declarado que una venta comercial de inmuebles debe ser rescindida por lesión, si hay lugar a ello. (89).

Según el artículo 1308, *la lesión no produce efectos contra terceros que hayan adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad a la transcripción de la demanda de rescisión.* (90).

2°—*En las particiones por una lesión superior a un cuarto, según lo reglamentado en los artículos* 1038 *a* 1043, *que no hacen sino reproducir las soluciones del derecho francés.* (91).

3°—*Este es un caso propio del derecho italiano. Se trata de una lesión formada por dos elementos: un grave perjuicio y la mala fe del beneficiado. Ella sirve de un medio de prueba para anular los actos celebrados por una persona antes de que sea declarada en interdicción. Dice el artículo* 336:

"Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ella existía a la época en que se celebraron y siempre que, por la naturaleza del contrato, o por el grave perjuicio que de él se derive o que pudiera derivarse al interdicto, o por cualquiera otra circunstancia, se demuestra la mala fe del que contrató con él mismo.

Por último, una ley sarda de 1857 *concede libertad para estipular intereses.*

48.—Código Boliviano.—*En el artículo* 709 *sienta este Código la doctrina general: "la lesión no vicia los contratos, sino en ciertas convenciones, o con respecto a ciertas personas, como se dirá".*

Al tratar de la venta, prescribe en los artículos pertinentes:

Artículo 1086. —*"Si el vendedor ha sufrido en el precio de un inmueble, una lesión de la mitad del precio, tiene derecho a pedir la rescisión de la venta, aun cuando haya renunciado expresamente en el contrato esta facultad y declarado que cede el exceso del precio".*

Artículo 1088.—*"La demanda es*

(88) Parada: Algunos aspectos de la transformación social del Derecho Civil, Memoria de Licenciado.

(89) Véase Morixe: Ob. cit., pág. 82.

(90) Giorgi: Ob. cit., t. IV, pág. 154, número 151.

(91) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 688, número 457.

inadmisible, después de pasados dos años contaderos desde el día de la venta.

Artículo 1090. — *"En el caso en que la acción rescisoria es admitida, el comprador tiene la elección de volver la cosa, recuperando el precio que pagó, o de conservarla, satisfaciendo el resto del valor de ella. Los terceros poseedores tienen el mismo derecho, sálvo su acción contra el vendedor".*

Artículo 1091.—*"Si el comprador prefiere quedarse con la cosa, dando el resto de su valor, con arreglo a lo dispuesto en el artículo antecedente, debe los intereses del resto desde el día de la demanda.*

"Si prefiere volverla y recibir el precio volverá los frutos desde el día de la demanda. Los intereses del precio que pagó se le contarán desde el mismo día, o desde el de la paga, si no ha percibido frutos ningunos".

"La rescisión por lesión no tiene lugar en favor del comprador; tampoco tiene lugar en aquellas ventas en que conforme a la ley, no pueden hacerse sino con autoridad judicial" (*artículo* 1092).

Tratando de las particiones el artículo 656 *dispone que las particiones hechas por los padres y ascendientes no podrán ser reclamadas, sino interviniendo lesión, dolo, o fraude.*

49.—Derecho Austriaco. — *El artículo* 934 *del Código Civil austriaco de* 1811 (92) *dice:*

"Si en un contrato bilateral una de las partes no ha recibido la mitad del valor de lo que ella ha proporcionado, puede pedir la rescisión del contrato y la restitución de las cosas a su estado anterior, a menos que la otra parte prefiera completar lo que todavía le debe hasta concurrencia de su valor ordinario. La desproporción de valores se aprecia al momento de la conclusión del contrato". Y el 935 *agrega:*

"Este medio no puede emplearse por quien lo ha renunciado, o ha declarado querer tomar la cosa a un precio extraordinario por tenerle particular afección u otra razón, aunque conozca su verdadero valor. Tampoco hay lugar a la rescisión, cuando, teniendo en vista las condiciones de las partes, se debe presumir que pretendieron hacer un acto mixto, en parte gratuito y en parte oneroso, cuando no se puede determinar su verdadero valor, ni, finalmente, cuando la cosa ha sido vendida en pública subasta".

Aparte de la marcada orientación objetiva que presenta la lesión en este derecho nos llama la atención su considerable extensión. Se la aplica a todo contrato bilateral. Mas es preciso confesar que el segundo de los precitados artículos le quita gran parte de su importancia práctica. Además, se la excluye de los contratos comerciales, aun para la parte no comerciante (artículos 277 *y* 288), *de los contratos aleatorios (artículo* 1268) *y de la transacción (artículo* 1386) (93).

50. — *Más adelante, al tratar de las legislaciones que aceptan la lesión como un vicio objetivo y subjetivo a la vez, analizaremos la situación que se ha producido en este país con la introducción, hecha en los albores de este siglo, de un nuevo sistema de lesión en su derecho positivo. A esa parte de nuestro estudio nos referimos.*

No terminaremos el estudio del derecho austriaco sin mencionar al artículo 1059 *que sanciona con la nulidad la violación, por pequeña que sea, de las tarifas impuestas por la ley a la venta de ciertos objetos.*

Esta acción prescribe, conforme a

(92) Rigen la lesión en el derecho austriaco junto con estos artículos las disposiciones introducidas los años 1914, 1915 y 1916 a que luégo nos referiremos.

(93) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 686, número 456 ter.

la regla general del artículo 1487, *a los tres años.*

51.—Código Peruano. — *Este Código a pesar de ser de tan reciente dictación* (94) *ha seguido el antiguo y ya clásico sistema de tratar esta materia. No contempla la lesión como una regla general de las obligaciones. Sólo trata de ella en ciertos y determinados casos que pasamos a enunciar.*

Al reglamentar la compraventa, dice:

Artículo 1439.—"*Hay lesión y por causa de ella pude el vendedor pedir que se rescinda el contrato, si se vendió un predio rústico o urbano en menos de la mitad de su valor. Para probar la lesión se estimará el bien por el valor que tuvo al tiempo de la venta; pero incumbe al juez apreciar todas las circunstancias del contrato*".

Artículo 1440—"*No se admite demanda de lesión pasados seis meses desde el día de la venta. Tampoco procede en las ventas judiciales*".

Artículo 1441.—"*En cualquier estado del juicio, el comprador puede ponerle término, pagando al vendedor la parte del predio que dio de menos*".

Artículo 1442—"*Declarada la rescisión, se devolverá la cosa sin frutos, y el precio pagado sin intereses*".

Estos artículos restringen enormemente la aplicación de la lesión en la compraventa. Sólo conceden la acción al vendedor lesionado en más de la mitad, y por un plazo que no exceda al de seis meses contados desde el día de la venta.

A la permuta se le aplicarán las anteriores disposiciones por mandato expreso del artículo 1465 *de dicho Código.*

La partición de bienes también es alcanzada por esta acción. Así se ha dispuesto que podrá ser rescindida la partición por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de los bienes al tiempo de la adjudicación. El heredero demandado optará entre indemnizar el daño o consentir la nueva partición. La indemnización puede hacerse en dinero o devolviendo el bien objeto de la lesión. Si se procede a nueva partición, no afectará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo (*artículo* 791).

Artículo 792. — "*No podrá ejercitar la acción por lesión el heredero que hubiese enajenado todos o parte considerable de los inmuebles que se le adjudicaron*".

Artículo 798. — "*Por rescindirse una partición no se perjudican los derechos adquiridos por un tercero*".

Otro caso en que procede la acción de lesión está contemplado en el artículo 1227 *que dice:*

"*El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*".

52.—Derecho Chileno. — *Nuestro Código no dedica a la lesión ningún título en especial. No la contempla como un vicio del consentimiento. El Proyecto de* 1853, *en su art.* 1329, *la enumeraba entre estos vicios. Su posterior supresión demuestra claramente la intención del legislador de no considerarla entre ellos. Por eso la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que la acción rescisoria por lesión enorme no se rige por el artículo* 1692 *y siguientes del título* 20 *del libro IV del Código Civil, sino por las disposiciones del párrafo* 13 *del título* 23 *del mismo libro, porque no nace de ningún vicio proveniente de la incapacidad de los contratantes, de error o de dolo.* (95).

(94) Fue publicado en el Diario Oficial de 1936.

(95) Gaceta 1879, Sentencia 1925, pág. 1346.

Nuestro Código Civil, siguiendo el sistema del legislador francés, sólo trata de la lesión en algunos artículos dispersos que la consagran para ciertos y determinados casos. Es una acción de derecho estricto que no se aplica por analogía. (96).

Los actos y contratos susceptibles de atacarse por lesión son:

1° *la compraventa, en conformidad a los artículos* 1836 *y* 1888 *a* 1896;

2° *la permuta, según lo dispone el artículo* 1900;

3° *la aceptación de una asignación, de acuerdo con el artículo* 1234;

4° *la partición de bienes, por mandato del artículo* 1348;

5° *el mutuo, de acuerdo con el art.* 2206, *modificado por la ley número* 4694, *de noviembre de* 1929;

6° *la antecresis, según el artículo* 2443; *y*

7° *la cláusula penal, en conformidad al artículo* 1544.

Estudiaremos por separado cada uno de esos siete casos.

53.—La lesión en la compraventa. *Para poder ejercitar en este contrato la acción de lesión enorme se precisa la concurrencia simultánea de cinco requisitos.*

El primer requisito es que se sufra lesión en los términos del artículo 1889, *que dice:*

"El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato".

Aquí no basta que el precio recibido sea igual a la mitad del justo precio de la cosa, es necesario que sea inferior a esa mitad. Lo mismo ocurre con el comprador quien ha de pagar un precio no igual sino superior al doble del justo precio de la cosa.

Al establecer el inciso 2° del art. 1889 *que "el justo precio se refiere al tiempo del contrato" no ha hecho más que confirmar un principio cuyo origen se remonta a la legislación romana.*

El segundo requisito para que proceda la acción de rescisión es que la venta sea de aquellas que puedan rescindirse por lesión enorme. En conformidad al artículo 1891 *del Código Civil. "No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia". Pero, aun tratándose de inmuebles no vendidos en pública subasta, no pueden rescindirse por lesión las ventas de minas, las aleatorias y las hechas por expropiación por causa de utilidad pública.*

En tercer lugar es necesario que la cosa vendida no haya perecido fortuitamente en poder del comprador. "Perdida la cosa en poder del comprador —dice el inciso primero del artículo 1893*—no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato". Esta disposición no es más que una aplicación particular de la norma general contenida en el artículo* 1506 *que regla las obligaciones facultativas. De más está decir que ella sólo se aplicará cuando la pérdida fuere total.*

El cuarto requisito exige que la cosa vendida no haya sido enajenada por el comprador. Después de consagrar que perdida la cosa no habrá derecho para rescindir el contrato, estatuye el artículo 1893 *en su inciso 2°: "Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella, pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta con-*

(96) En conformidad a este criterio declaró la Corte de Apelaciones de Santiago que la transacción no es rescindible por lesión enorme. Véase Gac. 1879, Sent. 1925, pág. 1346.

currencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte".

La última de las exigencias requeridas para que proceda la acción es que ella se haga valer dentro del plazo legal, es decir, cuatro años contados desde la fecha del contrato. (Artículo 1896). *Como prescripción de corto tiempo este plazo de cuatro años no se suspende y corre contra toda clase de personas.*

En nuestro Código, a diferencia del francés, la acción rescisoria por lesión enorme compete a ambos contratantes.

Desde el momento que el objeto de esta acción es proteger al contratante lesionado, se hace necesario buscar los medios para conseguirlo. Por eso dice el artículo 1890: *"El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte". Vemos que se conceden dos medios diversos. En primer lugar la rescisión. Y luégo la facultad de mantener el contrato nivelando las prestaciones. Para ello se tuvo en vista la conveniencia general en dejar subsistente el contrato, sin que quede ningún motivo de queja para el vendedor o comprador.*

54.—La lesión en la permuta—*En conformidad al artículo* 1900 *del Código Civil se aplicarán a la permutación, en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato, las reglas dadas para la lesión en la compraventa.*

(Continuará)

SALA PLENA

ACLARACION DE UNA SENTENCIA PROFERIDA EN SALA PLENA. — LIMITES DE LA JURISDICCION EXCEPCIONAL DE LA CORTE COMO GUARDIAN DE LA CONSTITUCION

Si por error simplemente material el fallo de inconstitucionalidad abarca materias ajenas de la decisión, como en esa parte la Corte no ha tenido derecho para pronunciarse en ningún sentido, su decisión no puede tener en esa parte la trascendencia de fallo de inconstitucionalidad. Entonces no sería racional alegar la cosa juzgada para subsanar en cualquier tiempo la equivocación, libertando de las cadenas apenas aparentes de la sentencia un hecho que en realidad no ha sido juzgado. Puede entonces aclararse el fallo proferido.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena. Bogotá, julio treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor **Arturo Tapias Pilonieta**).

El 4 de marzo del corriente año la sala plena de la Corte Suprema de Justicia decidió afirmativamente la demanda de inexequibilidad contra el artículo 4º de la Ley 100 de 1937, promovida por el apoderado de la Academia Colombiana de la Lengua. La demanda se fundó en el concepto de que la citada disposición era inconstitucional por violar el derecho adquirido de la demandante constituído por el Estado mediante la Ley 11 de 1914 que le concedió a perpetuidad el derecho de uso y habitación sobre el edificio que el gobierno construyó por mandato de la misma ley en el lote que anteriormente ocupaba la casa donde vivió y murió don Miguel Antonio Caro.

En la sentencia se halló fundada la inconstitucionalidad de la ley. Consideró la Corte que al cambiar el legislador de 1937 la destinación que al edificio nacional de la plazuela de Caro le había consagrado en la Ley 11 de 1914, violó un derecho adquirido de la Academia Colombiana de la Lengua. Toda la fundamentación del fallo giró alrededor de la fuerza legal que tuviera el cambio de destinación que hizo la Ley 100 de 1937 en presencia del derecho de la Academia Colombiana de la Lengua, y como encontró este derecho prevalente, por su índole de civil y no administrativo, declaró inexequible la disposición legal acusada, como contraria al artículo 26 de la nueva codificación constitucional. Pero resulta que ese artículo 4º contiene dos proposiciones jurídicas distintas e independientes entre sí. La primera proposición reza: "Concédese a la Sociedad Colombiana de Ingenieros por tiempo indefinido el derecho de uso y habitación del edificio que hoy ocupa". Esta fue la proposición que la Corte sometió a examen detenido y halló inconstitucional.

La segunda proposición dice así:

"En caso de que por grave y comprobado motivo de necesidad pública necesitare el gobierno darle otra destinación a ese edificio, suministrará previamente a la Sociedad otro semejante y adecuado a las necesidades de la corporación por razones de ubicación, amplitud, presentación, etc." Esta segunda proposición encierra como se ve un mandato distinto del legislador encaminado a asegurarle a la Sociedad Colombiana de Ingenieros local adecuado para sus oficinas, en el evento de que, por cualquier circunstancia, no pudiese seguir ocupando el edificio en mención. Sobre esta segunda proposición nada dijo la Corte ni nada podía decir en la parte motiva, ya que la materia de estudio según la demanda y según los mismos razonamientos del fallo estaba circunscrita a la nueva destinación que la ley hizo del edificio construído para la Academia Colombiana

de la Lengua. Esa era la cuestión subjudice.

Sin embargo de lo anterior la Corte, inadvertidamente desde luego, declaró inexequible el artículo 4º de la Ley 100 de 1937, sin hacer ninguna salvedad.

Esta circunstancia origina la precedente solicitud que por medio de su apoderado doctor Juan Francisco Mújica hace a la sala la Sociedad Colombiana de Ingenieros con el fin de que se aclare el susodicho fallo en el sentido de que se declare que la parte resolutiva de él no entraña la liberación del Estado de la obligación que por el citado artículo 4º de la Ley 100 de 1937 le impuso el legislador de destinar a la Sociedad un edificio adecuado a sus necesidades.

La Corte no ve inconveniente en decretar la solicitud de aclaración basada en lo siguiente:

La jurisdicción que a esta alta corporación le da el artículo 149 de la Carta es excepcional, y se rige por esa misma disposición con prescindencia de cualquiera otra de carácter civil. Siendo así el fallo de la Corte no puede recaer sino sobre la respectiva o respectivas disposiciones acusadas, en cuanto ellas se encuentren violatorias de la norma constitucional. De manera que si por error simplemente material el fallo de inconstitucionalidad abarca materias ajenas a la decisión, como en esa parte la Corte no ha tenido derecho para pronunciarse en ningún sentido su decisión no puede tener en esa parte la trascendencia de fallo de inconstitucionalidad.

Es claro que esto ocurrirá cuando se trata de errores por decirlo así materiales como el que se comete en la parte resolutiva disponiendo, involuntariamente, sobre cuestiones ajenas a la controversia y al pensamiento que ha condicionado la decisión. Entonces no sería racional alegar la cosa juzgada para subsanar en cualquier tiempo la equivocación, libertando de las cadenas apenas aparentes de la sentencia, un hecho que en realidad no ha sido juzgado.

Y si esto es en el fondo lo que se hace en los fallos que deciden de los litigios civiles (artículo 482 del C. J.) en que hay parte demandante y parte demandada; con mayor razón debe hacerse en los fallos de inconstitucionalidad, proferidos de plano mediante un procedimiento en que no cabe hablar de partes en el concepto de la ley judicial porque se procede sobre una base más elevada que descansa únicamente en la salvaguardia del orden jurídico del Estado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala plena, resuelve aclarar su fallo del 4 de marzo de 1940 pronunciado en la demanda de inexequibilidad del art. 4º de la ley 100 de 1937, en el sentido de que la inexequibilidad declarada en ese fallo no recae sobre la segunda parte de dicho artículo, concebida así:

"En caso de que por grave y comprobado motivo de necesidad pública necesitare el Gobierno darle otra destinación a ese edificio, suministrará previamente a la Sociedad otro semejante y adecuado a las necesidades de la corporación por razones de ubicación, amplitud, presentación, etc."

Cópiese, notifíquese, dése cuenta a los señores ministros de obras públicas y educación nacional e insértese en la Gaceta Judicial.

Hernán Salamanca—Campo Elías Agudelo—Daniel Anzola—Aníbal Cardoso Gaitán—Liborio Escallón—Arturo Tapias Pilonieta—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo—Juan A. Donado V. — Absalón Fernández de Soto—Isaías Cepeda—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ARTICULO 2º DE LA LEY 172 DE 1938, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL—ENAJENACIONES DE TERRENOS REPUTADOS BALDIOS.—EJIDOS DE CALI.—PERSONERIA JURIDICA.—LEGISLACION ESPAÑOLA SOBRE EJIDOS

1.—Del hecho de reunirse varias personas en asamblea general de comités ejidales de barrios de una ciudad y de crearse por esa asamblea una Junta denominada "Junta Central de Comités Ejidales" no puede deducirse la existencia legal de una persona jurídica, con los derechos y la personería que les reconoce el Título 36, libro 1º, del Código Civil. Para ello es menester haber realizado previamente ciertos actos iniciales de voluntad, que están bien definidos por nuestra legislación civil (artículos 636 y 650, C. C.). — 2.—Los artículos 1º y 2º de la ley 32 de 1929 se limitan a hacer la declaración de que los ejidos de Cali constituyen un patrimonio destinado al beneficio de las clases pobres y menesterosas y a darles esa destinación, cosa bien distinta de consagrar un derecho de dominio, separando las extensas tierras ejidales del dominio procomunal de la ciudad. Al expresar este concepto la Corte no se extralimita en las funciones peculiares que en este proceso ejerce de supremo guardián de la Carta Fundamental, para abrir y decidir una controversia especial sobre dominio, acción esta última que por su propia índole está reservada a la iniciativa particular, en debate judicial abierto, y es de la competencia exclusiva de la justicia ordinaria. — 3.—No hay en Colombia legislación especial sobre ejidos. Desde la legislación antigua española hasta el régimen de la República los ejidos eran patrimonio común de las ciudades. Y durante la República la legislación ha reconocido la existencia de los terrenos comunales, respetando su carácter de tales y los derechos que sobre ellos tienen las ciudades (hoy municipios). Continúan siendo, pues, patrimonio municipal, conforme al Código de Régimen Político y Municipal, vigente hoy. Después de la ley 4ª de 1913 se han dictado varias leyes de autorizaciones especiales sobre ejidos, como la 87 de 1922 y la 78 de 1928. — 4.—La antigua amortización de bienes raíces, por medio de mayorazgos, capellanías y otros medios de vinculación irredimible, quedó abolida en la legislación de la República. — 5.—La autorización conferida al Municipio de Cali por el artículo 2º de la ley 172 de 1938, se refiere a los terrenos reputados ejidos y no a otra clase de bienes raíces. Por la disposición acusada las limitaciones contenidas en las reglas de la ley 32 de 1929 quedaron insubsistentes. Se trata, pues, de una medida de carácter puramente administrativo referente a bienes que hacen parte del patrimonio municipal y cuyo titular del derecho es el Municipio. Por tanto, no vulnera derechos adquiridos, ni pugna por ningún otro concepto con las disposiciones constitucionales.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena.—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Los señores Pedro Nel Clavijo, José Restrepo, Pedro A. Rodríguez y diez más, vecinos de Cali, demandan ante la Corte, en escrito de 13 de febrero de 1938, lo siguiente:

"En nuestros propios nombres y en representación de la 'Junta Central de Ejidos', que representa a la vez los comités ejidales de los barrios 'La Chanca', 'Alameda', 'Belalcázar', 'Saavedra Galindo', 'Barrio Obrero', 'Piloto', 'Porvenir', 'Villanueva' y 'Navarro', con todo respeto os hacemos la siguiente demanda: a) Que por sentencia ejecutoriada, proferida en Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con audiencia y previo concepto del señor Procurador General de la Nación, por medio de los trámites constitucionales y legales, declaréis que es inexequible, nulo e inoperante, el artículo 2º de la Ley 172 de 1938, que modificó los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 32 de 1929. b) Que mientras se surte el procedimiento, promováis auto, declarando suspendido el artículo 2º de la Ley 172 dicha, para evitar perjuicios emanantes de ella a terceras personas. c) Que se dé audiencia y citación y se oiga concepto al respectivo Agente del Ministerio Público. d) Que

condenéis en costas a la entidad o particular que se opusiere a nuestra demanda, si fuere vencido. e) Que profiráis en nuestro beneficio, cuanto nos corresponde en ley. Tenéis atribuciones según el artículo 2º de la Ley 96 de 1936; el 149 de la Constitución Nacional vigente, que reproduce el 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, en armonía con las disposiciones pertinentes del C. J. Fundamos nuestro derecho en las disposiciones citadas y en los artículos enumerados ya, o sean los 182, 69, numeral 8º, 26, 30, 74, 52, 55 y 53 de la Constitución Nacional".

La sola lectura de la anterior parte petitoria impone la consideración de que sólo es atendible el punto primero, porque todos los demás plantean a la Corte cuestiones que son extrañas al ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional y el 30 del C. J.

El artículo 2º de la Ley 172 de 1938, acusado de inexequible, es de este tenor: "Autorízase al Concejo de Cali para enajenar libremente los terrenos reputados como ejidos, a fin de destinar su producto a la construcción de casas para empleados y obreros, obras de mejoramiento urbano y de utilidad social. En este sentido quedan modificados los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 32 de 1929".

Fundamentos de la demanda.

Como hechos fundamentales de la acción pública intentada se presentan los siguientes:

"Primero.—Por cédula real del Monarca español, de fecha 1º de noviembre del año de 1771, proferida en San Lorenzo del Escorial, se le otorgaron a la ciudad M. N. y M. L. de Santiago de Cali, conforme a los cánones del derecho español y ratificando los mandatos de las Leyes de Indias derechos a esta ciudad en sus áreas de 'Ejidos, Dehesas y Propios'. Fuera de los derechos que, conforme a las leyes de conquista, se otorgaba a los españoles 'beneméritos' para tener solar y tierras de 'pan coger', las reales cédulas otorgaron a las ciudades, con previsión de su crecimiento, desarrollo y previsión social, nuevos derechos que tendían a corregir despojos e invasiones de terrícolas sobre los bienes del común; o por espontáneo querer de quienes desde la metrópoli obraban como supremos patronos del derecho. Así la cédula de 1771 fue incorporada por el Virrey de N. G. Don Pedro Mexía de la Cerda el 13 de agosto de 1772, para que el Escribano de Cali señor Luis Maceda averiguase sobre su propia denuncia, de que aquella ciudad había sido despojada casi en su totalidad de sus ejidos, los que comprendían desde los alrededores del casco urbano hasta el río de las Piedras; y desde el río Cauca hasta la sierra del Chocó. En esta forma, puede comprenderse que barrios enteros en el centro de Cali están hoy detentados con urbanizaciones de fuertes propietarios, quienes en caso de vigilante indagación no podrían demostrar el justo título traslaticio de dominio. En el año de 1778 se dispuso una especie de permuta, según orden del Virrey Flórez, entre las tierras 'Anaconas' por lo largo y ancho del río Cauca, hasta la Sierra, prometiendo que se les recompensaría a los ocupantes en otras tierras; esta diligencia empezó a cumplirse en 1777 por el Alcalde de Buga, señor Manuel Jerónimo Escobar. Después de algunas reclamaciones, especialmente la que hizo la señora Jerónima de la Llera, por conducto de su Personero, José Joaquín Zapata Porras, se anuló en parte la diligencia de permuta, dejando a los detentadores en posesión, y considerándose legal el título de la Llera, y ordenándose hacer la demarcación de 'Dehesas, Ejidos y Propios', conforme a la primitiva cédula. El teniente señor Miguel Umaña mandó hacer la demarcación de la parte destinable a 'Ejidos, Dehesas y Propios', en algunos fundos, deduciendo para tal fin la tercera parte del terreno ocupado por los detentadores, todo lo cual fue aprobado por el Virrey Flórez, quien ordenó compensar con las tierras que estuviesen vacantes en Abichintes y Anaconas. Por Decreto de fecha 24 de diciembre de 1829 el Libertador Simón Bolívar, contestando solicitud de los vecinos de Cali, ordenó de nuevo la compensación de los Ejidos demarcados y detentados, por tierras baldías de Anaconas. En el año 49, cumpliéndose órdenes del señor Manuel Mallarino, Secretario de Relaciones y Mejoras, don José Lloreda, Personero de Cali, pidió posesión del territorio tantas veces enunciado para 'Ejidos, Dehesas, y Propios', correspondiéndole al doctor Juan Nepomuceno Núñez Conto declarar en sentencia de 9 de diciembre de 1849 que se debía dar la posesión solicitada, deduciendo los terrenos de la Llera, aquello que era declarado terreno concejil".

Segundo.—Según el interesante estudio del doctor Griseldino Carvajal, documentado sin duda, en el expediente que repo-

sa y que conocemos, en el Juzgado 2º del Circuito de Cali, dicha sentencia del Juez Núñez y Conto sólo se ejecutó parcialmente, permaneciendo aún en indivisión miles de hectáreas que están ocupadas por muchos hacendados de Cali. Así, de la parte medida, resultó una superficie ejidataria de 15,128 y ½ cuadras, comprobándose además, que por negligencia de los Concejos de Cali, desde 1777 a hoy, la ciudad solamente ha recobrado una cuarta parte del terreno cedido por la Real Cédula y por los demás títulos citados y de otros que reposan en los archivos de la ciudad.

Tercero.—El concejo de Cali se abrogó pertenencia en los terrenos cuyo origen hemos descrito sumariamente, aunque debe advertirse que conforme al derecho de Indias o "Leyes de Indias", se previó sustraer de la administración municipal los bienes llamados "Propios", como puede leerse en el artículo 37 de la Compilación sobre administración de la N. España, por los años de 1764, cuando dice: "Para la administración de 'Ejidos, Dehesas y Propios' se ha de establecer a este fin en cada ciudad, villa o lugar de españoles, inclusive capitales de provincias, una junta municipal (distinta del Cabildo), a cuyo cargo ha de correr la administración y manejo de estos efectos, compuesta del alcalde ordinario de primer voto o más antiguo, que la debe presidir, de dos regidores y del procurador general o síndico, sin voto, para promover en ella lo que sea más útil al común, para evitar coaliciones y monopolios que suelen presentarse en el cuerpo del ayuntamiento y sin que éstos puedan mezclarse en esta materia, ni embarazar con pretexto alguno las disposiciones de las juntas municipales". Por aquí se advierte que con sagacidad admirable los monarcas españoles penetraron en la índole y temperamento de ciertas organizaciones concejiles, que suelen derivar en beneficio propio o descuidar o malbaratar lo que fue instituído para el bien permanente de la comunidad.

Cuarto.—Ya sea que se violara el art. 37 de la Ley de Indias citado antes, o que al advenir el régimen de la República se confundiera el patrimonio de la ciudadanía con el patrimonio concejil, el hecho es que el Municipio de Cali tomó como suyos los títulos ejidatarios y legisló disponiendo de ellos por medio de varios acuerdos, entre los cuales tenemos presente el número 21 de 1915, que ordenó sacarlos a licitación pública (los ejidos rurales), con el fin de destinar su producto a la construcción del acueducto de la ciudad. Así: bien o mal radicada la administración de los ejidos de Cali en las disposiciones del Concejo, sobrevino una situación jurídica con respecto a ellos, cuya es: o estos bienes tenían un carácter de pertenencia a la ciudadanía de Cali y no del Municipio, caso en el cual dicha propiedad tendría el carácter de un patrimonio privado inminente, y entonces ni la ley ni el acuerdo podrían disponer de ellos, sin que hubiera de adoptarse un estatuto de administración similar al viejo derecho; o eran considerados los ejidos de Cali como propiedad del ayuntamiento, caso en el que tampoco podría la ley disponer de tales bienes, puesto que constitucionalmente esa heredad estaría resguardada por los derechos que rigen para los particulares.

Quinto.—No obstante lo dicho el legislador del año de 1929 parece que interpretó el principio ya transcrito de la Compilación de las Leyes de Indias, que no reconocía a los municipios como administradores de los ejidos, y respecto de los de Cali les vertió una índole de asistencia social promulgando la Ley 32 con perfecta sindéresis, al reconocer que los ejidos de Cali tienen, como ya se dijo, por su origen y destinación, un propósito de asistencia pública, y que, sin desconocer el "leit motiv" de su institución, serían destinados a que esa asistencia se vinculara a los pobres y menesterosos de Cali. Se obró, pues, al dictarse la Ley 32, como se ha dicho tantas veces, técnicamente, porque, conforme a la Constitución, es atributo del Congreso legislar sobre asistencia y utilidad sociales. Así, pues, la Ley 32 de 1929 creó un título de propiedad para los pobres y menesterosos de la ciudad de Cali, resolviendo un problema de asistencia pública cuando dijo, en su artículo 1º: "El territorio de los ejidos comprendidos dentro del Distrito de Cali, es un patrimonio destinado al beneficio de las clases pobres y menesterosas del mismo distrito, ya para los nativos de él, ya para los nacionales que se hayan avecindado o formado allí una familia honesta o permanecido con ocupación honrada y buena conducta por lo menos tres años".

Vista del Procurador.

El Procurador General de la Nación, en su vista de fondo, hace un análisis de los fundamentos de la demanda, y comienza por expresar que sólo por referencias se

tiene noticia de la cédula real en que fundan los demandantes sus derechos sobre los ejidos; sostiene que sin tenerla a la vista no se puede formar juicio acerca del valor y alcance jurídicos que hubiera podido tener, ni de los efectos que a través de las legislaciones del país pueda producir todavía dicha cédula, para considerarla como título originario del dominio privado que se pretende atribuír a los ejidos de Cali.

Agrega el Procurador que por encima de todo lo anterior está la consideración de que la pretendida Junta de pobres y menesterosos de Cali no ha sido ni puede ser una persona jurídica, conforme a las normas del Código Civil, porque no es compatible con la índole de la personería jurídica toda una clase social, como la que comprende dentro de la categoría de pobres y menesterosos de una ciudad. Además, para que una persona jurídica se incorpore a la vida legal es necesario que haya actos iniciales de voluntad por parte de personas naturales, que se concretan en reglamentos o estatutos sometidos a ciertas formalidades legales; y ¿dónde están los reglamentos o estatutos —pregunta el Procurador— que acrediten la existencia como persona jurídica de la llamada Junta de pobres y menesterosos de Cali?

Para el Procurador, la legislación española asignó en general a los ejidos la condición de bienes de uso público para los habitantes de las respectivas poblaciones, carácter éste que excluye la apropiación como dominio privado. Considera que sería preciso conocer y examinar las cédulas reales a que se alude en la Ley 32 de 1929, para determinar si realmente establecieron una excepción a las normas legales de la legislación española. Luégo agrega los siguientes conceptos: "De lo contrario no se explicaría que el Congreso nacional hubiera legislado sobre los ejidos de Cali en los términos en que lo hizo en la Ley 32 de 1929, la cual —como se ha visto— no implica ni reconocimiento ni cesión de dominio, y de implicarlo sería a favor del municipio, pero en la forma condicional y restringida que se desprende de los términos de dicha ley, lo cual no parece compatible con los atributos que entraña el ejercicio del derecho pleno de dominio. Y cuando en el artículo 2º de la Ley 172 de 1938 "se autoriza al Concejo de Cali para enajenar libremente los terrenos reputados como ejidos", debe presumirse que el Congreso nacional partió del concepto de que no legislaba sobre un patrimonio privado, sino sobre terrenos de cuyo dominio no se había desprendido en absoluto la Nación".

Termina su vista el Procurador con el concepto de que carece de fundamento la acusación por inconstitucional formulada contra el artículo 2º de la Ley 172 de 1938.

Fundamentos de la Corte.

— I —

Personería.

Como cuestión previa, sea lo primero manifestar que los demandantes no han evidenciado en forma alguna la existencia de una persona jurídica, capaz de ejercer derechos, de contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente, según perentoria exigencia de nuestra ley civil (artículo 633 del C. C.). Se han limitado a exhibir la copia de un acta de la "Asamblea General" de los comités ejidales de los barrios "La Chanca", "Alameda", "Belalcázar", "Saavedra Galindo", "Barrio Obrero", "Piloto", "Porvenir", "Villanueva" y "Navarro", expedida el 6 de noviembre de 1938, en una reunión especial y sui géneris celebrada por quienes se llamaban delegados de los respectivos comités de tales barrios; y en esa asamblea general de los mencionados barrios se creó la denominada "Junta General de Comités Ejidales de Cali", constituída por varios de los mismos delegados de los comités seccionales. Pero es indudable que de tal acta y de las medidas que aparecen por ella adoptadas por ciudadanos que motu propio se constituyen en asamblea popular, no puede deducirse la existencia legal de una persona jurídica, con los derechos y la personería que les reconoce el Título 36, Libro 1º, del Código Civil.

Si los demandantes deseaban que dicha "Junta Central", en cuyo nombre pretenden actuar, se incorporara a la vida legal del país, era de rigor que demostraran haber realizado previamente ciertos actos iniciales de voluntad, que están bien definidos por nuestra legislación civil (arts. 636 y 650 del C. C.). Sólo de esa manera, con el fiel y exacto cumplimiento de esas formalidades previas y constitutivas podían alcanzar existencia jurídica para reclamar a su nombre por el desconocimiento de derechos que les pertenezcan.

Fundada en tales razones, la Corte no puede reconocerles la personería que ale-

gan para representar a la "Junta Central de Comités Ejidales de Cali". Pero como también hacen presente en la demanda que actúan en sus propios nombres, es del caso considerar que como simples ciudadanos han ejercitado la acción que consagra el artículo 149 de la Carta Fundamental.

— II —

Derechos patrimoniales de los ejidos.

Los demandantes hacen derivar los derechos que alegan sobre las tierras de ejidos de una real cédula que, según aseveran, fue expedida por el Monarca español en 1771, por medio de la cual otorgó a la ciudad de Cali, conforme a los cánones del derecho colonial español, derechos de dominio en sus áreas de "ejidos, dehesas y propios", áreas que según la manifestación de los mismos comprendían desde los alrededores del casco urbano hasta el río de Las Piedras, y desde el río Cauca hasta la sierra del Chocó.

Pero conviene advertir que los que figuran como actores en esta demanda se han abstenido de presentar la documentación que evidencia cualquier pretensión de dominio y de destinación especial a su favor de los ejidos de Cali. Sólo por la referencia que hacen y por alguna alusión contenida en el artículo 2º de la Ley 32 de 1929 se tiene noticia en los autos de la pretendida existencia de tales títulos originarios del derecho que estiman los actores como incorporados al patrimonio privado de los pobres y menesterosos de aquella ciudad.

Es evidente que el artículo 1º de la Ley 32 de 1929 estatuye que el patrimonio ejidal de Cali es un patrimonio destinado al beneficio de las clases pobres y menesterosas de aquella ciudad; y también es verdad que el artículo 2º de ese mismo estatuto legal declara que "conforme a la voluntad expresada en las reales cédulas durante el régimen colonial..... no se le podrá dar a aquel territorio una destinación distinta de la del beneficio de las clases pobres y menesterosas, que fue la expresa voluntad de los fundadores de aquel patrimonio de beneficencia pública", pero es lo cierto que esos preceptos legales no pueden originar título constitutivo de dominio privado, a favor de persona alguna, sobre los ejidos de Cali. Tales textos se limitan a hacer la declaración de que los ejidos constituyen un patrimonio destinado al beneficio de las clases pobres y menesterosas y a darles esa destinación, cosa bien distinta de consagrar un derecho de dominio, separando las extensas tierras ejidales del dominio procomunal de la ciudad.

Contribuye a robustecer la anterior conclusión la circunstancia de que el artículo 6º de la Ley 32 establece que "todo ocupante de ejidos pobre o menesteroso que llegue a tener capacidad para adquirir en propiedad el lote de ejido que ocupa, podrá comprarlo si así lo desea y sin que se le pueda forzar a la negociación de compraventa"; y el artículo 7º ibídem dispone que "a los pobres que no pueden comprar el lote de ocupación en territorio de ejidos, se les dará en arrendamiento de canon fijo, por un plazo no menor de cinco años en cada caso". Basta un ligero análisis de esos dos preceptos legales para aceptar que no estuvo en el pensamiento ni menos en la voluntad del legislador nacional de 1929 el propósito de privar al Municipio de Cali del dominio de los ejidos de aquella ciudad, para traspasarlos al patrimonio privado de toda una clase económica y social, de muy difícil ubicación en el campo del derecho.

Agréguese a lo dicho que como la única ley acusada por medio de este recurso es el artículo 2º de la Ley 172 de 1938, no tiene la Corte jurisdicción para entrar a estudiar sobre la exequibilidad de los textos de la Ley 32 de 1929, a que antes se ha aludido y que no son materia de revisión constitucional. Es únicamente la norma tachada de inexequible la que debe interpretarse y apreciarse, a efecto de decidir si efectivamente viola algún precepto constitucional, en especial los artículos 26, 30, 33, 52, 55, 69, 74, y 182 de la nueva Carta, señalados como violados por los demandantes.

Reitera la Corte el concepto de que el artículo 1º de la Ley 32 de 1929 no implica reconocimiento de dominio a favor de persona o clase social alguna, únicamente por que considerara que para el estudio y fallo de este negocio se hace indispensable sentar esa premisa. Pero tal declaración —que ha estimado necesaria dada la naturaleza especial de la principal tacha de inexequibilidad que se formula contra el texto legal acusado— en ninguna forma puede interpretarse en el sentido de que la Corte se extralimita en las funciones peculiares que en este proceso ejerce de supremo guardián de la Carta Fundamental, para abrir y decidir una controversia especial sobre dominio, acción esta última

que por su propia índole está reservada a la iniciativa particular, en debate judicial abierto, y es de la competencia exclusiva de la justicia ordinaria.

— III —

Situación jurídica y reglamentación de los ejidos.

No hay en Colombia legislación especial sobre ejidos. El diccionario de Escriche lo define de esta manera: "El campo o tierra que está a la salida del lugar y no se planta ni se labra y es común para todos los vecinos. Viene de la palabra latina "exitus", que significa salida. Los ejidos de cada pueblo están destinados al uso común de los moradores; nadie por consiguiente puede apropiárselos ni ganarlos por prescripción, ni edificar en ellos, ni mandarlos en legado; Ley 9, Título 28; Ley 7, Título 29; Ley 25, Título 32; Partida 3, y Ley 13, Título 9, Partida 6".

No hace falta para esta decisión, que no va a resolver un litigio sobre dominio, el título originario de la Corona de España, relativo al señalamiento de los ejidos de la ciudad de Cali.

De acuerdo con la legislación española, a las principales ciudades y villas de la Colonia, una vez fundadas, se les adjudicaba una porción determinada de terrenos contiguos al área urbana, destinada al uso público.

Aparte de este uso común a todos los vecinos, los frutos y las rentas que procedían de los ejidos debían ser invertidos, de acuerdo con las necesidades de la época, en la ejecución de obras de interés comunal, como muros, puentes, calzadas, y en otros gastos de administración de las ciudades a que pertenecían. (Ley X, Título XXVIII, Partida Tercera).

Los ejidos eran, pues, terrenos pertenecientes al patrimonio común de las ciudades. No obstante ser imprescriptibles e inalienables, con el transcurso del tiempo sufrieron mermas y aun desaparecieron en algunos lugares, confundiéndose con patrimonios particulares, entre otras causas, por ocupación consuetudinaria de padres a hijos.

Bajo el régimen colonial, la administración de las cosas del común de las ciudades o villas correspondían a los Ayuntamientos o Concejos.

Durante la República, la legislación ha reconocido la existencia de los terrenos comunales, respetando su carácter de tales y los derechos que sobre ellos tienen las ciudades (hoy municipios).

La persona jurídica a quien corresponde el ejercicio de los derechos que pertenecen al común de los vecinos, es el Municipio.

Al unificarse la legislación, en virtud de la Carta de 1886, se dictó la Ley 149 de 1888, sobre régimen político y municipal. Entre las facultades de los Concejos Municipales se consignaron las dos siguientes:

"Artículo 208 .....

"17.—Reglamentar el repartimiento y entrega de los terrenos comunales y de los baldíos cedidos al Distrito. Los acuerdos que dicte el Concejo sobre este punto no se llevarán a efecto sin la aprobación del Gobernador, quien podrá modificarlos y adicionarlos, oyendo previamente el informe del respectivo Prefecto. La adjudicación de los baldíos requiere la aprobación del respectivo Ministro.

"18.—Disponer lo conveniente acerca de la manera como debe hacerse uso de los terrenos comunales de los Distritos.

En la Ley 4ª de 1913, que es la vigente sobre régimen político y municipal, aparecen textualmente reproducidos los dos numerales antes copiados.

En virtud del desarrollo creciente de las ciudades y de la transformación de los servicios públicos, los ejidos o terrenos comunales suelen ser un obstáculo para el progreso urbano. Su destinación primitiva ya no es practicable en algunos lugares y en general de ellos no se beneficia eficazmente ninguna clase social.

El Congreso, como supremo regulador de la administración municipal, puede ampliar las facultades que el Código sobre la materia contiene en relación con los terrenos comunales de los municipios, sometiéndolos al régimen legal establecido por la República para la administración de los bienes que, por cualquier título, integran el patrimonio municipal.

Con posterioridad al Código de Régimen Político y Municipal de 1913 se han dictado varias leyes de autorizaciones especiales sobre ejidos. La Ley 87 de 1922 autorizó al Municipio de Cartago para enajenar los terrenos conocidos con el nombre de ejidos, que están dentro de su jurisdicción. El Municipio de Cúcuta recibió una autorización semejante por la Ley 78 de 1928.

En lo tocante a los ejidos de la ciudad de Cali se han dictado las dos leyes mencionadas. El texto de la primera, o sea, la

32 de 1929, es un poco oscuro. Esta ley, según se lee en todos sus artículos, se refiere al "territorio de los ejidos comprendidos dentro del Distrito de Cali", es decir, a los ejidos de la ciudad y no a otra clase de bienes. Además de que las disposiciones de la ley versan sobre los terrenos de la institución de origen español conocida con el nombre de ejidos, en la exposición de motivos del proyecto, sus autores, precisando la materia que tratan de reglamentar, dicen:

"En las leyes españolas era una regla general la de la constitución de los territorios ejidos (del latín exitus, que quiere decir salida, salida de la población). Y es sabido que a la mayor parte de las ciudades de la Colonia los Reyes de España les señalaron considerables porciones de territorio con este carácter de ejidos, para el beneficio del pro comunal".

Sin embargo, la disposición del artículo 2º de la ley, que es el mismo del proyecto, al referirse a la antigua titulación y especial destinación de los ejidos, se remite al artículo 36 de la Constitución Nacional (hoy 33), que versa sobre el destino de las donaciones intervivos o testamentarias, con lo cual se incurrió en confusión entre dos materias de diferente naturaleza jurídica. Por su constitución y origen la institución de los ejidos pertenece al derecho público, en tanto que las donaciones se regulan por el derecho privado y el Estado sólo interviene cuando se hacen para fines de interés social.

Sólo mediante esta confusión se explica que en dicha ley se hubieran establecido reglas según las cuales el uso y adquisición de los ejidos de Cali y en general su beneficio corresponde solamente a una clase social y no al común de los vecinos o al procomunal, como lo dicen las fuentes que los mismos legisladores consultaron. Al declarar esta ley que el beneficio de los ejidos es de una sola clase social, establece en favor de ella un privilegio y sustrae tales bienes del patrimonio común y del régimen legal que les es propio. De paso se hacen estos reparos a la Ley 32 de 1929, cuyas disposiciones han sido invocadas en apoyo de la demanda que se estudia.

La antigua amortización de bienes raíces, por medio de mayorazgos, capellanías y otros medios de vinculación irredimible, quedó abolida en la legislación de la República. "No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles", es principio que se mantiene en la Constitución Nacional, con una sola excepción, establecida en forma potestativa, en el artículo 18 del Acto Legislativo número 1 de 1936 (art. 45 de la nueva Codificación Constitucional).

Sabido es que la enajenación es uno de los medios por los cuales la propiedad cumple la función social que le corresponde. Si los ejidos que aún subsisten no sirven para los fines de su establecimiento y no pueden ser aprovechados de otro modo que enajenándolos, los municipios deben estar capacitados por la ley para disponer de ellos libremente cuando así convenga a los intereses comunes que administran.

La autorización conferida al Municipio de Cali por el artículo 2º de la Ley 172 de 1938, que es la disposición acusada de inconstitucional, se refiere, como las anteriores que se han citado, a los terrenos reputados ejidos y no a otra clase de bienes raíces. El mismo artículo dispone que el valor de las enajenaciones se invierta en habitaciones para obreros y en otras obras de mejoramiento urbano.

Por la disposición acusada, las limitaciones contenidas en las reglas de la Ley 32 de 1929 quedaron insubsistentes. Por otra parte, éstas no implicaban la constitución de derechos privados a favor de una clase o de un grupo social.

Se trata, pues, de una medida de carácter puramente administrativo referente a bienes que hacen parte del patrimonio municipal y cuyo titular del derecho es el Municipio. Por tanto, no vulnera derechos adquiridos, ni pugna por ningún otro concepto con las disposiciones constitucionales.

Fallo:

De las consideraciones que acaban de exponerse deduce la Corte que el texto legal acusado no viola el artículo 182 de la Carta vigente, porque no dispone de un bien privado; ni el 69 porque el legislador no ejerció atribuciones distintas de las allí señaladas; ni el 26, porque no ha desconocido ni vulnerado derechos adquiridos con justo título por particulares; ni el 30, porque el precepto acusado no decreta expropiación; ni el 74, porque la ley acusada sufrió el trámite constitucional allí indicado; ni el 62, porque no pretendió ejercer o involucrar poderes pertenecientes a otros Organos del Poder Público; ni el 55, porque el Congreso al expedir esa ley no ejerció simultáneamente poderes adscritos al legislativo y al judicial; ni por último

tampoco violó el artículo 33 de la misma Carta Constitucional, porque no varía ni modifica la destinación de un bien donado para fines de interés social.

Fundada en las conclusiones de que se ha hecho mérito, la Corte Suprema de Justicia, constituída en Sala Plena, en uso de la atribución que le confiere el artículo 149 de la nueva Codificación constitucional, y oído el concepto del Procurador General de la Nación, declara exequible el artículo 2º de la Ley 172 de 1938, que ha sido materia de esta demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, remítase copia al señor Alcalde de Cali y archívese el expediente, oficiándose igualmente al señor Ministro de Gobierno.

Hernán Salamanca—Campo Elías Aguirre—Daniel Anzola—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Juan A. Donado V. Liborio Escallón—Absalón Fernández de Soto—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

DECRETO Nº 1709 DE 1939 ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

La Corte no puede ejercer su misión de guardián de la Constitución Nacional en relación con un acto acusado sino cuando éste está en plena vigencia.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, septiembre diez de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

Los señores Jorge Espinel, Carlos J. Díaz, Teodoberto Garzón, Ariosto Prieto y Hernando Caro, mayores y vecinos de esta ciudad, en ejercicio del derecho otorgado por los artículos 41 y 149 de la Constitución Nacional, demandan la inconstitucionalidad del Decreto número 1709 de 1939, expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda.

El Decreto acusado ordena la contramarca de objetos de plata y fija el precio de estos servicios, en la siguiente forma:

"Artículo 1º Desde la vigencia del presente decreto no será permitido a los fabricantes de objetos de plata martillada contramarcar las piezas con ninguna cifra que indique la ley de aleación.

"Artículo 2º La contramarca de los objetos de plata martillada solamente podrá ser verificada por las Casas de Moneda u oficinas de ensaye, autorizadas por el Gobierno.

"Artículo 3º Todos los artículos de plata que se den a la venta, y cuyo peso sea superior a una onza troy (gramos 31-103) deberán ser contramarcados por las casas de moneda u oficinas de ensaye, autorizadas por el Gobierno.

"Artículo 4º Las Casas de Moneda u oficinas de ensaye, harán una marca distintiva, y la contramarca será la siguiente:

"Una cifra indicará el mes; una letra mayúscula indicará el año, y la ley se indicará con cifras.

"Artículo 5º Las Casas de Moneda u oficinas de ensaye llevarán un libro detallado del movimiento de contramarca, indicando la forma y clase de pieza ensayada, y su peso, la marca que tenga, la fecha del ensaye y el resultado del mismo.

"Deberán contramarcarse asimismo las partes sueltas de un mismo objeto, como asas, tapas, etc., etc.

"Artículo 6º Por el servicio de contramarca, la Casa de Moneda de Bogotá cobrará los siguientes derechos:

Piezas u objetos de una onza troy a dos onzas	$ 0.10
Piezas u objetos de dos onzas troy a cuatro onzas	0.15
Piezas u objetos de cuatro onzas troy a ocho onzas	0.20
Piezas u objetos de ocho onzas troy a diez y seis onzas	0.25
Piezas u objetos de diez y seis onzas troy a treinta y dos onzas	0.30
Piezas u objetos de treinta y dos onzas troy en adelante	0.35

"Artículo 7º Este decreto regirá desde la fecha.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá, a 29 de agosto de 1939".

Los fundamentos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

"..... el Decreto 1709 no se apoya en ninguna ley de la República como es de rigor en todo decreto, es decir, entraña una usurpación de funciones; establece un verdadero monopolio; crea una contribución o impuesto; desconoce y vulnera derechos adquiridos por los fabricantes de objetos de plata; en una palabra, va contra los artículos 26, 27, 29, 38, 201 y 25 de la Constitución que nos rige".

El señor Procurador General de la Nación al descorrer el traslado respectivo manifiesta que en razón de haber sido incorporado el Decreto Ejecutivo acusado en el Decreto Legislativo número 1434 del 18 de julio de 1940, el primero quedó insubsistente y por tanto, la Corte no tiene materia en este caso para ejercer el control constitucional que le señala el artículo 149 de la constitución vigente. De la vista del señor Procurador son los siguientes apartes:

"a) La base fundamental de la deman-

da es la de que el Gobierno carecía de facultad para dictar el decreto acusado, como expresamente lo afirman los demandantes con estas textuales palabras:

'a) El Decreto no se dictó en desarrollo de ninguna ley de la República que era lo indicado; simplemente se cita (mal citado) el Decreto 988 de 1933 que creó alguna dependencia de la casa de moneda para fundición, análisis y contramarcas de barras de oro y de plata de propiedad del gobierno, no de los particulares; dicho Decreto, de otro lado, no tiene carácter legislativo para que en desarrollo de él se dictara el que comentamos, pues sabido es que los decretos, cuando no tienen carácter legislativo, se dictan en desarrollo de las leyes proferidas por el Congreso, lo que no ha ocurrido en el presente caso. El Decreto 1709 entraña, por tanto, una usurpación de funciones, funciones propias del Poder Legislativo y no del Organo Ejecutivo. Artículo 69 de la Constitución Nacional.

"b Pero el decreto legislativo número 1434 del 18 de julio de 1940 incorpora en su integridad todo lo dispositivo del decreto ejecutivo acusado, en forma de que éste ha quedado insubsistente y por lo mismo ha desaparecido la materia que es el objeto concreto y circunscrito de la demanda que se estudia.

"c) Carece, pues, de objeto jurídico y práctico que la Honorable Corte se pronuncie —en cualquier sentido que sea— acerca de un decreto que ya no tiene existencia, que ha dejado de ser el instrumento legal para regular lo relativo a la contramarca de objetos de plata".

La Corte está en un todo de acuerdo con lo dicho por el señor Procurador General de la Nación, pues como su misión en estos casos es defensora de la integridad de la constitución, síguese que la indicada función no tiene aplicación sino en presencia de un acto de los Organos Legislativo o Ejecutivo que menoscabe o amenace menoscabar el Estatuto de cuya integridad es depositaria la Corte. Mas para que un acto de aquellos Organos pueda ocasionar el menoscabo de que se habla, es menester que tenga al menos posible cumplimiento, pues lo que no tiene ni puede tener eficacia práctica, ningún detrimento puede acarrear en el hecho a nadie ni a nada. Esta ha sido doctrina constante de la Corte al respecto. En sentencia del 21 de junio de 1926, se dijo lo siguiente al particular:

"Por esta razón ha decidido la Corte de manera constante que para que haya lugar a fallar sobre la inexequibilidad de un acto acusado, es menester que éste se halle en plena vigencia. Y es que no siendo la decisión sobre inexequibilidad, según la acepción jurídica de este vocablo, otra cosa que la declaración de que el acto sobre que ella versa no puede ejecutarse, tal declaración presupone la vigencia de dicho acto, ya que lo que no está en vigor, por el sólo hecho de no estarlo, no es susceptible de ejecución".

De lo anterior se deduce que habiendo sido incorporado en el Decreto Legislativo número 1434 de 1940, que reglamentó íntegramente la materia, todo lo dispositivo del Decreto acusado, no existe hoy este decreto y por tanto, la función de la Corte no tiene sobre qué ejercerse, por sustracción de materia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, oído el Procurador General de la Nación, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución, declara que no hay lugar a resolver la demanda propuesta por los señores Jorge Espinel, Carlos J. Díaz, Teodoberto Garzón, Ariosto Prieto y Hernando Caro, sobre inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo número 1709, del 29 de agosto de 1939.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, dése cuenta al señor Ministro de Hacienda y archívese el expediente.

Hernán Salamanca—Campo Elías Aguirre—Daniel Anzola — Liborio Escallón—Juan A. Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda — Absalón Fernández de Soto—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo—Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

OPOSICION A UN DESLINDE DE MINAS. —ACCION DE CERRAMIENTO.

1.—En el Código de Minas existen dos clases de juicios de deslinde: la primera como consecuencia de la oposición a la entrega de una mina; la segunda por acción directa, cuando la línea divisoria entre dos minas es dudosa. (Art. 404). En estos juicios que son atributivos y no declarativos de propiedad, se discute una línea divisoria y ésta es la esencia y naturaleza de tales juicios, pero para que esta discusión sea eficaz y operante, es necesario, como en toda clase de juicios, que quien entable la acción tenga la personería y ésta, en los juicios de deslinde, no es otra sino el derecho de dominio o algún otro derecho real sobre el bien cuya delimitación se solicita. Además, los juicios de deslinde sobre minas tienen una característica especial, cual es la establecida por el artículo 412 del Código del ramo. El debate y la sentencia en el juicio originado en el deslinde se circunscriben a la demostración sobre que la línea fijada en el juicio especial debe pasar por puntos diferentes de los señalados, y esa demostración debe ser plena puesto que es preciso desvirtuar la presunción de que trata el expresado artículo 412.

La configuración limitada de la acción ordinaria sobre deslinde depende de la naturaleza misma de esta clase de juicios, de la restricción a que se refiere el artículo 412 y de que los demás derechos sobre las minas tienen para su efectividad reglamentaciones amplias y expeditas, como las consagradas en el capítulo 22 del Código Minero. Puede concluírse que el juicio ordinario sobre deslinde está caracterizado por una especialidad, en cuanto la litis y la sentencia están circunscritas a la justificación plena sobre si la línea fijada en el juicio especial debe pasar por otros puntos, al paso que dentro de los propiamente llamados juicios ordinarios sobre minas caben la discusión y el fallo sobre todas las cuestiones atañederas a posesión, propiedad u otros derechos reales y mejor derecho sobre las minas. — 2.—La acción de cerramiento compete también a los comuneros, cuya gestión aprovecha a la comunidad; además, el principio contenido en el artículo 285 del C. de Minas da esa acción a los comuneros.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Son estos los antecedentes del pleito que falla hoy la Corte:

1º Bernardo Jaramillo A., vecino de Calarcá, en memorial fechado el 23 de agosto de 1934, denunció ante la Gobernación de Caldas, para sí, una mina de filón de oro y plata y otros metales, de antiguo descubrimiento, ubicada en el paraje de Colombia, jurisdicción del Municipio de Salento, cuyos últimos poseedores ignora y desea que en lo sucesivo se denomine "Santa Elena". Dicha mina es continuación oriental de la llamada "Granada", de propiedad del mismo denunciante, quien fijó como base para la medida los siguientes puntos: El "costado oriental de la mina 'Granada' y pido que los 240 metros se midan hacia el oriente de ese costado, con la declinación de éste".

2º El 29 de mayo de 1935 el Alcalde de Salento cumpliendo la comisión del Gobernador de Caldas procedió a hacer al denunciante Jaramillo la entrega de la mina denunciada, pero la diligencia hubo de suspenderse en virtud de la oposición del representante de Justiniano Londoño, fundada en que la mina denunciada no es continuación de la mina "Granada" y además en que tiene derechos más antiguos que el denunciante, los cuales haría valer en oportunidad.

3º En virtud de la oposición el Alcalde ordenó remitir las diligencias al Juzgado de Calarcá y ante éste el opositor Londoño formalizó su oposición y demandó en juicio de deslinde a Bernardo Jaramillo para que se procediera a la fijación y determinación de los mojones y consiguiente posición a favor de Londoño de las minas "Corinto", "El Porvenir" y "Santa Elena", cuyos linderos indicó en la demanda.

4º Después de varios incidentes que no son del caso relatar para el efecto de este fallo, el Juez determinó y fijó las rayas divisorias de las minas mencionadas y

además de la denominada "Granada" en diligencia de 31 de mayo de 1937.

5º No conforme con esta delimitación, Jaramillo se opuso a ella y pidió que previa la tramitación de un juicio ordinario y con audiencia de Londoño se declarara que no son fundadas y ciertas las delimitaciones de las minas mencionadas, que las minas de "Santa Elena", "Corinto" y "El Porvenir" no son colindantes o que, en caso que lo sean, la línea divisoria es diferente de la fijada en la diligencia de deslinde realizada por el Juez, que Londoño carece de derecho y acción para pedir el deslinde de las minas y que como consecuencia de todo lo anterior debe cesar la oposición a la titulación de la mina de veta, de antiguo descubrimiento, llamada "Santa Elena".

6º Tramitado el ordinario, el Juez del conocimiento en sentencia de 1º de marzo de 1938 no accedió a decretar las peticiones hechas por Jaramillo y resolvió que las líneas divisorias de las minas ya nombradas son las mismas fijadas por el Juzgado en la diligencia verificada el 31 de mayo de 1937. Apelado este fallo por Jaramillo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira lo confirmó en sentencia de 11 de julio del año próximo pasado contra la cual recurrió Jaramillo, recurso que la Corte procede a decidir.

Como cuestión previa, la Corte adelanta las siguientes consideraciones:

En el Código de Minas existen dos clases de juicios de deslinde: la primera como consecuencia de la oposición a la entrega de una mina; la segunda por acción directa, cuando la línea divisoria entre dos minas es dudosa. (Artículo 404). En estos juicios que son atributivos y no declarativos de la propiedad, como lo ha dicho la Corte en varios fallos, entre otros en los de 21 de junio de 1938 y 22 de junio de 1940, se discute una línea divisoria y ésta es la esencia y naturaleza de tales juicios, pero para que esta discusión sea eficaz y operante, es necesario, como en toda clase de juicios, que quien entabla la acción tenga la personería y ésta, en los juicios de deslinde, no es otra sino el derecho de dominio o algún otro derecho real sobre el bien cuya delimitación se solicita.

Además, los juicios de deslinde sobre minas tienen una característica especial, cual es la establecida por el artículo 412 del Código del ramo, según el cual se presume que la línea divisoria de dos minas es la que se fija en la diligencia de deslinde que se practica en el juicio especial que se haya surtido, y tal línea no puede variarse por la sentencia que se dicte en el juicio ordinario, sino cuando una de las partes justifique plenamente que dicha línea debe pasar por ciertos puntos determinados, diferentes de los que se señalaron en la diligencia de deslinde motivada por el juicio especial.

De lo anterior se concluye que el debate y la sentencia en el juicio ordinario originado en el de deslinde, se circunscriben a la demostración sobre que la línea fijada en el juicio especial debe pasar por puntos diferentes de los señalados, y esa demostración debe ser plena puesto que es preciso desvirtuar la presunción de que trata el expresado artículo 412.

La configuración limitada de la acción ordinaria sobre deslinde, depende de la naturaleza misma de esta clase de juicios, de la restricción a que se refiere el art. 412 y de que los demás derechos sobre las minas tienen para su efectividad reglamentaciones amplias y expeditas, como las consagradas en el capítulo 22 del Código Minero. Puede concluírse que el juicio ordinario sobre deslinde está caracterizado por una especialidad, en cuanto la litis y la sentencia están circunscritas a la justificación plena sobre si la línea fijada en el juicio especial debe pasar por otros puntos, al paso que dentro de los propiamente llamados juicios ordinarios sobre minas caben la discusión y el fallo sobre todas las cuestiones atañederas a posesión, propiedad u otros derechos reales y mejor derecho sobre las minas.

Resulta entonces de lo dicho que en un juicio como el presente sólo puede discutirse sobre si la línea o líneas fijadas en la diligencia del juicio especial de deslinde deben permanecer o no, y la sentencia no puede recaer sino sobre este extremo. Por lo mismo, la impugnación, en casación, a la sentencia está también circunscrita a ese punto.

Sentado lo anterior, pasa la Corte a considerar el fundamento de la sentencia recurrida, que es el siguiente:

En primera instancia se practicó la respectiva diligencia en la cual el Juez fijó las rayas divisorias de las minas. En segunda instancia el Tribunal practicó una inspección ocular "en la cual, dice el fallador, muy lejos de haberse establecido que no tiene fundamento la delimitación hecha en el deslinde, puesto que sobre este particular tal diligencia nada definió, se estableció en forma plena que sí hay colindancia entre las dos minas; lo que equivale a decir que la inspección produjo resultados contrarios a los pretendidos por

el actor Sr. Jaramillo. Para comprobar esto es suficiente leer el dictamen que sobre el particular rindieron los peritos nombrados al efecto. En las anteriores condiciones, es decir, no habiéndose demostrado por el actor el derecho reclamado, el Tribunal necesariamente tiene que confirmar la providencia de primer grado".

El recurrente ataca el fallo por las causales 2ª y 1ª del artículo 520 del C. Judicial.

Respecto de la causal segunda su argumentación es la siguiente: Se demandó el deslinde de las minas "Corinto", "Porvenir" y "Santa Elena" y en la diligencia de apeo se deslindó además la mina llamada "Granada", deslinde que nadie había solicitado. Creyó el juzgador que por haberse presentado como elemento ilustrativo el título de esta mina, era preciso deslindarla, como lo hizo, lo cual tuvo repercusión después en el fallo que hoy se contempla en casación.

La Corte considera: Efectivamente en el fallo de primera instancia el Juez deslindó la mina "Granada" y en el de segundo grado el Tribunal al confirmar la sentencia del inferior admitió ese deslinde. En el juicio especial de deslinde, el Juez fijó las rayas divisorias de la mina "Granada", sin que ninguna de las partes se lo hubiera solicitado puesto que, en ese juicio especial, no se pidió sino la fijación de los linderos de las minas "Corinto", "Porvenir" y "Santa Elena". Mas como en el juicio ordinario, promovido por Bernardo Jaramillo, y que va encaminado a la variación de esas líneas o a la declaración de que las minas no son colindantes, se incluyó en la demanda la mina "Granada", por los conceptos ya expresados, el Tribunal tenía que fallar sobre el particular, sobre una cuestión que era materia del pleito, y entonces no puede concluírse que falló extra petita, de donde resulta que la acusación que se estudia no incide dentro de la segunda causal alegada y por el concepto en que se funda la acusación. Admitiendo que la mina "Granada" no ha debido delimitarse, pero considerando que su delimitación fue materia de la diligencia de deslinde y, por ende, del juicio ordinario sobre ésta, el Tribunal debía fallar sobre ese extremo, pues si no hubiera procedido de ese modo, entonces sí por no fallar sobre una de las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, el fallo sería acusable por la causal segunda.

Respecto de la acusación por el primer motivo, la Corte considera, por lo dicho al principio de ese fallo, que los cargos que hace el recurrente son inoperantes, dada, se repite, la naturaleza y fin del juicio ordinario sobre deslinde de minas y los términos del fallo.

No obstante esto, la Corte de una manera general, se refiere a los cargos de la acusación.

Estima el recurrente que la sentencia violó los artículos 722 y 869 del C. Judicial por cuanto hubo ciertas deficiencias o ilegalidades en la diligencia practicada por el Juez del conocimiento y de donde resultó la fijación de las rayas divisorias hecha por él. Este cargo no es eficaz porque el Tribunal se atuvo a la inspección ocular que él mismo practicó en segunda instancia y de donde concluyó que las líneas divisorias fijadas en la primera eran exactas. No habiendo sido atacada en casación la conclusión del Tribunal al apreciar la prueba practicada por éste, tiene que quedar en firme, de donde resulta que la presunción a que se refiere el artículo 412 del C. de Minas no fue desvirtuada ni en las instancias ni en el recurso.

No pudo haber violación del artículo 900 del C. Civil porque la acción de cerramiento compete también a los comuneros, cuya gestión aprovecha a la comunidad; además, el principio contenido en el artículo 285 del C. de Minas que es el aplicable al caso, da esa acción a los comuneros.

No hubo tampoco violación de los artículos 862 y 863 y 620 del Código Judicial en cuanto que, según el recurrente, se admitieron como pruebas del dominio de las minas copias de copias de unas escrituras públicas, puesto que si por una parte es exacto que se presentaron esas copias, por la otra a los folios 39 a 42 del cuaderno número 3º corre la copia de la escritura 1056 expedida por el Notario ante quien se otorgó y de la que aparece que Justiniano Londoño es dueño de catorce acciones en las minas de veta "Corinto", "El Porvenir", "Colombia" y "La Unidad". El señor Londoño no se presentó demandando en nombre de la Compañía Minera de Colombia, luego por este aspecto no era necesario comprobar la existencia de ésta, y cabe aquí observar que siendo la sociedad ordinaria de minas, como la Minera de Colombia, según se ve de autos, solamente una comunidad organizada que se forma sin necesidad de los requisitos que son característicos de las colectivas, en comandita o anónimas. (Artículo 251 del C. de Minas), su existencia o comprobación no puede exigirse como si se tratara de una compañía de la naturaleza de las que acaban de expresarse. Además, el señor

Londoño, se repite, se presentó en nombre propio, de donde resulta que su gestión aprovecha a los demás socios de la compañía, sin que fuera necesario en este pleito demostrar la existencia de ésta.

Finalmente no disputándose en este juicio sobre la propiedad y posesión de las minas, no era necesaria la comprobación del dominio sobre éstas, en la forma en que lo señala el recurrente y por eso la sentencia no infringió los artículos 669 del C. Civil, 70 y 77 del de Minas y 20 de la Ley 292 de 1875.

Observa la Corte que como no se ha disputado, ni se podía disputar en este juicio sobre si las minas eran o no tituladas, le basta a Jaramillo presentar los otros títulos, como los presentó, de que trata el artículo 70 del C. de Minas, y no se limitó a esto sino que comprobó que tales minas hace mucho que están redimidas, y entonces lo ampara la presunción del artículo 3º de la Ley 59 de 1909, que establecía que no podían redimirse sino las minas tituladas.

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

Las costas son de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón — Daniel Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza — Isaías Cepeda—Fulgencio Lequerica Vélez — Hermán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION. — VENTA DE UNA MISMA FINCA RAIZ A DOS PERSONAS

Los artículos 1871 y 1873 del C. C. regulan situaciones que tienen entre sí a la vez analogía y diferencias. El 1871 versa sobre venta de cosa ajena en general y el 1873 atiende a un caso especial de venta de esta clase; pero como hay diferencia en vender lo que no es ni ha sido del vendedor y vender por segunda vez lo que originariamente sí fue suyo, el legislador reglamenta separadamente los dos casos guiándose en cada uno por sus peculiaridades consiguientes. La posesión es lo que determina la preferencia establecida por el artículo 1873, y conforme a los artículos 756 y 785 del C. C., la inscripción en el registro es el medio de efectuarse la tradición del dominio de inmuebles y nadie puede adquirir la posesión sino por este medio. Esta ha sido la doctrina uniforme y sostenida de la Corte en el caso de venta de una misma finca raíz a dos personas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, agosto doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Andrés Torres E. demandó a los señores Gonzalo D. Otero y Manuel Largo en vía ordinaria para que se declare que a aquél pertenece la casa ubicada allí y deslindada como reza el libelo, por prevalecer la compra que de esta finca hizo él sobre la que de la misma hicieron los demandados y que, por tanto, deben éstos entregársela y pagarle sus frutos y las costas del juicio.

El Juzgado acogió las pretensiones del actor, y salvo reforma en el sentido de absolver de costas y de limitar la condena de frutos a partir de la contestación de la demanda, su sentencia fue refrendada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en la que cerró la segunda instancia, contra la cual los demandados interpusieron casación, recurso que aquí se decide después de tramitado debidamente.

Ana Rosa Aguilar Rincón vendió a Gonzalo D. Otero y a Chiquinquirá Aguilar, de quien es sucesor su viudo y heredero Manuel Largo, la casa en referencia, por medio de la escritura número 280, el 23 de agosto de 1932; pero el 12 de los mismos mes y año, por escritura número 213, dicha Ana Rosa se la había vendido a Pablo Vicente Navas. Cada uno de estos instrumentos se registró al día siguiente de otorgado. Ambos lo fueron en Málaga, respectivamente ante los Notarios 1º y 2º

Navas la vendió el 13 de septiembre subsiguiente a Marcelo Valderrama; éste, el 5 de julio de 1934, al mismo Navas; éste, el 15 de julio de 1936, a Leonidas Hernández, y éste, el 31 del mismo julio, al actual demandante Torres.

Juzgado y Tribunal decidieron en favor de este señor sencillamente por el orden de las fechas del registro de las dos ventas que en agosto de 1932 hizo Ana Rosa Aguilar.

El abogado de los recurrentes observa que en la venta de ella a Navas, así como en las demás ventas sucesivas hasta llegar a la de Torres, no se habla de entrega, al paso que en la otorgada a Otero y señora Aguilar de Largo sí hay declaración expresa de la entrega material de la casa a los compradores, y que ellos, reemplazada la señora por su heredero, el actual demandado Largo, han poseído materialmente esa finca desde entonces hasta ahora. Agrega que la venta a Navas fue simulada, sin que la aparente vendedora tuviera intención de transferir el dominio y sin que el aparente comprador Navas tuviera la de adquirirlo ni pagara precio alguno, lo que explica aquella falta de entrega y a la vez que a Otero y señora Aguilar se otorgara venta y se le hiciera entrega material de lo efectivamente a ellos vendido por quien, en fuerza de esa simulación, hablaba y procedía como dueño aún al venderles.

Acusa de violación directa de los arts. 1871 y 1873 del C. C., respectivamente por aplicación indebida y por falta de aplicación al caso del pleito, el cual, en su sentir, es el de este último artículo; de suerte que debe preferirse a los demandados, por ser los compradores que entraron en posesión de la cosa, y no juzgarse a la luz del 1871, porque no se trata de venta de

cosa ajena en la segunda escritura de la señora Ana Rosa, o sea, la de 23 de agosto de 1932, fecha para la cual ella vivía aún en la casa y procedía como dueña, en fuerza de lo anotado sobre su escritura a Navas.

Esos dos artículos regulan situaciones que tienen entre sí a la vez analogía y diferencias. El 1871 versa sobre venta de cosa ajena en general y el 1873 atiende a un caso especial de venta de esta clase; pero, como hay diferencia en vender lo que no es ni ha sido del vendedor y vender por segunda vez lo que originariamente sí fue suyo, el legislador reglamenta separadamente los dos casos guiándose en cada uno por sus peculiaridades consiguientes.

Concretando al caso presente, es incuestionable que Ana Rosa Aguilar vendió separadamente una misma cosa a personas distintas, lo que vale como decir que el juzgador no ha podido menos de aplicar el artículo 1873. Más todavía, de la aplicación de éste no se deduce quebranto del 1871 que da validez a la venta de cosa ajena, pero dejando a salvo los derechos del verdadero dueño, y para cuando compraron el 23 de agosto Otero y señora Aguilar, ya el verdadero dueño era Navas, por tener a la sazón registrada su escritura desde el 13 de ese mes. La posesión es lo que determina la preferencia establecida por el artículo 1873, y conforme a los artículos 756 y 785 del C. C., la inscripción en el registro es el medio de efectuarse la tradición del dominio de inmuebles y nadie puede adquirir la posesión sino por este medio.

Uniformemente en repetidos fallos la Corte sentó y ha sostenido la doctrina brevemente resumida aquí sobre prevalencia en razón de la posesión inscrita y considerando los casos como el presente regulados por el artículo 1873.

Cuanto a que la venta a Navas no haya de reputarse válida, se tiene que el art. 1759 de esa obra bastaría a impedir este concepto, aunque no se agregara la circunstancia de haberse pretendido la invalidación de ese título en juicio ordinario y haber fracasado allí el intento.

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 dictada en este juicio el doce de julio de mil novecientos treinta y nueve por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Fulgencio Lequerica Vélez—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCIONES DE INEFICACIA DE UN PACTO DE RETROVENTA, REIVINDICACION, ETC. CESION DEL DERECHO DE HERENCIA.— PARTICION. — TECNICA DE CASACION. PACTO DE RETROVENTA.

1.—El derecho de herencia es un derecho real sobre una universalidad de bienes, con la expectativa de concretarse, mediante la partición, en el dominio de uno o más bienes de los que constituyen la comunidad universal llamada herencia. Cedido este derecho, al cesionario le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al cedente; si aquél, con arreglo al artículo 1337 del C. C., interviene en la partición, en su favor debe formarse la hijuela correspondiente al derecho hereditario que adquirió; mas, si por no presentarse el cesionario, se hace esa hijuela al cedente, la adjudicación ha de entenderse como hecha al propio cesionario, porque la hijuela, una vez registrada, consolida retroactivamente en éste esos mismos derechos, sencillamente porque la transmisión se efectúa desde la tradición de los derechos hereditarios, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 752 del C. C. — 2.—La partición de bienes en una sucesión tiene efecto declarativo entre los copartícipes y traslativo del causante a cada uno de ellos, según los artículos 765 y 1401 del C. C. Si hecha una partición se reputa que cada asignatario ha sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en el cupo que se le adjudica y que jamás ha tenido parte en los otros bienes de la sucesión, es indudable que dicha partición deslinda los derechos mutuos de los copartícipes para que cada uno de ellos, merced a la ficción jurídica de la retroactividad, aparezca como sucesor inmediato y único del DE CUJUS en los bienes que le fueron asignados, y ocupe el lugar de éste en lo relacionado con todos los derechos y obligaciones vinculados sobre los mismos bienes.— 3.—Si la violación de la ley, por la cual se acusa en casación una sentencia, proviene de apreciación errónea de determinada prueba, prescribe la ley que es necesario que se alegue sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. — 4. Toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena, por alguno de los medios probatorios indicados o reconocidos por la ley. — 5.—El pacto de retroventa no es sino una venta sujeta a una condición resolutoria potestativa del vendedor, consistente en el cumplimiento del evento de restituir el dinero estipulado dentro de determinado plazo, a términos que si así sucediere, se recobra IPSO FACTO el dominio de lo vendido y, en caso contrario, tiene como virtualidad la consolidación en favor del comprador sin más formalidades.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, agosto trece de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

Por medio de la escritura pública número 169 de 21 de mayo de 1927 de la Notaría de Pasto, Josefina Díaz, mujer casada con Teodulfo Dulce, "dio en venta real y con pacto de retroventa, con plazo de ocho meses para la devolución del dinero, al señor Nabor Cortés, casado con Lucila Santander, toda la acción, derecho o cuota que los comparecientes tienen y poseen en varios bienes raíces y que la señora Díaz, la vendedora, adquirió por herencia de su padre Isaac Díaz"; el precio de este contrato se fijó en la suma de $ 900.00 m/c. que el comprador pagó al contado, bien que se convino en que éste entraría "en el uso y goce de los derechos y acciones comprados, sólo después de vencidos los ocho meses del plazo prefijado en caso de que la vendedora no hubiese hecho uso del pacto para recobrar el dominio de los derechos y acciones materia de la venta". La sucesión del causante Díaz se liquidó, y en la partición se hizo cartilla de adjudicación no al cesionario sino a la propia heredera Josefina; vino luégo el fallecimiento de la esposa de Nabor Cortés y al liquidarse su sucesión se adjudicó a la señora Elvira Cortés de de la Rosa, hija legítima de ese matrimonio, los bienes adjudicados antes a Josefina Díaz como correspondientes a los derechos y acciones materia de la venta, pero

ni antes ni después del vencimiento del plazo para la retroventa, la vendedora hizo reembolso del precio convenido, para así recobrar la cosa vendida, ni hizo entrega material de los derechos, ni luégo de los bienes ciertos en los cuales quedaron vinculados.

El litigio

Sobre estos hechos y antecedentes, la señora Elvira Cortés de de la Rosa demandó por la vía ordinaria a Teodulfo Dulce y a su esposa Josefina Díaz de Dulce ante el Juzgado 1º del Circuito de Pasto, para que con su audiencia se hicieran estas declaraciones:

"1. Sin efecto actual alguno el pacto de retroventa contenido en la cláusula primera de la escritura número 169 de 24 de mayo de 1927;

"2. Subrogada la compareciente en la adjudicación de bienes hecha en favor del señor Teodulfo Dulce, como representante legal de su esposa señora Josefina Díaz de Dulce, conforme a la hijuela partitiva contenida en la escritura número 357 de 29 de agosto de 1934, pero sin el cargo a que dicha hijuela se refiere de pagar al señor Luis Díaz la cantidad de setenta y cinco pesos ($ 75.00)

"3. Obligados los demandados a entregarme real y materialmente, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, los inmuebles denominados 'Achupallas' y "Puente', así como una acción en el fundo común 'El Páramo', situados en el distrito de Tagua, a que se contrae el 'Lote número 8' del acto partitivo protocolizado bajo el número 357 de 29 de agosto de 1934, por los linderos allí detallados;

"4. Obligados, asimismo, a indemnizarme los perjuicios, a partir del 6 de agosto de 1934, fecha de la inscripción de la sentencia aprobatoria de la partición protocolizada mediante la escritura número 357 de 29 de agosto del mismo año; y

"5. Todo, con cargo de pagarme las costas del juicio".

Fallos de primera y segunda instancia.

El señor Juez 2º del Circuito de Pasto dictó sentencia el 11 de agosto de 1938 haciendo las condenaciones a que se refieren las tres primeras peticiones del libelo, guardó silencio en cuanto a los perjuicios demandados, e impuso costas a la parte vencida en el litigio. Subió el negocio al Tribunal Superior de Pasto a virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, entidad que desató la litis, en segundo grado, por sentencia de diez y seis de agosto del año próximo pasado, reformando la de primera instancia en el sentido de declarar improcedente la petición sobre subrogación, revocando la condenación en costas y haciendo la declaración sobre perjuicios no considerada por el señor Juez del conocimiento. Contra esta sentencia del Tribunal, interpuso la parte demandada el recurso de casación, que fue admitido, y sostenido luégo en demanda que ha tenido en la Corte el trámite correspondiente; y como nada impide el pronunciamiento, pasa a decidirse el recurso, para lo cual se considera:

Sentencia acusada.

En los puntos en que la sentencia del Tribunal es materia del recurso viene fundada en las siguientes consideraciones que se simplifican: la sujeta materia de la venta con pacto de retroventa fueron derechos y acciones en una sucesión, bienes que por efecto de la partición vinieron a concretarse en cuerpos inciertos y singularizados; no habiendo hecho uso la vendedora del derecho de recobrar lo vendido mediante el reembolso correspondiente, ha debido entregar los derechos y acciones al vencerse el plazo de los ocho meses prefijados, mas como no lo hiciera, y los tales derechos se trocaran en bienes ciertos, son éstos los que deben entregarse por la vendedora a la demandante, por ser ésta la titular última de ese derecho de dominio al tenor de la partición llevada a efecto en el sucesorio de Nabor Cortés contratante comprador. Esta conclusión la deduce el Tribunal de los términos de la escritura declarativa del contrato de compraventa en relación y del estudio que hace de los artículos 1401 y 1939 del C. C.

La conclusión del Tribunal es contraria a la sostenida por la parte opositora, quien propugna por el extremo consistente, en que como lo vendido son derechos y acciones y no cuerpos ciertos, la obligación de entregar no procede porque, afirma, quien vende derechos y acciones queda obligado a responder simplemente de la existencia de esos derechos y nada tiene que entregar. Alega también la demanda, que la demandante carece de vínculo jurídico en relación con ella, porque el negocio de venta se celebró con Nabor Cortés —su padre— y no con quien actúa como actora en todo este proceso, y, porque no se ha demostrado que el contrato de compraventa conserva su valor jurídico y legal; dice,

finalmente, que por las mismas razones es ilegal la condenación al pago de perjuicios.

Demanda de casación.

El recurrente acusa la sentencia, por estimarla violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea, por aplicación indebida; y por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho y de derecho, en la apreciación de las pruebas.

Estudio de los cargos.

La causal primera, invocada por el recurrente, la expone en varios capítulos, así:

Primer cargo. El Tribunal violó dice el recurrente— por interpretación errónea, los artículos 1884, 1602 y 1603 del C. C., porque por medio de la escritura número 169 de 24 de mayo de 1927 "mi representada dio en venta, con pacto de retroventa, al señor Nabor Cortés, meras acciones y derechos sobre varios bienes. Según esto, agrega, la obligación de mi representada de acuerdo con el artículo 1884 del C. C. estaba limitada a responder de la existencia de esos derechos, pero no estaba obligada a entregar al comprador, como consecuencia de ese contrato, cosa alguna determinada, menos los lotes de terreno a que la sentencia acusada la condena".

Se explica: El derecho de herencia es un derecho real sobre una universalidad de bienes, con la expectativa de concretarse, mediante la partición, en el dominio de uno o más bienes de los que constituyen la comunidad universal llamada herencia. Cedido este derecho, al cesionario le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al cedente; si aquél, con arreglo al artículo 1337 del C. C. interviene en la partición, en su favor debe formarse la hijuela correspondiente al derecho hereditario que adquirió; mas, si por no presentarse el cesionario, se hace esa hijuela al cedente, la adjudicación ha de entenderse como hecha al propio cesionario, porque la hijuela una vez registrada, consolida retroactivamente en éste esos mismos derechos, sencillamente, porque la transmisión se efectúa desde la tradición de los derechos hereditarios, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 752 del C. C.

Ahora bien: Si la señora Josefina vendió sus derechos herenciales en la sucesión de su padre, y por no haberse presentado el cesionario se le hizo hijuela a esta señora, y en la partición vinieron a quedar concretados los derechos en relación en determinados bienes, esos bienes han de entenderse como propios del cesionario por ser lo equivalente al derecho comprado y cedido por la respectiva titular. Por eso, la orden de entrega impuesta en la sentencia que se acusa procede, porque, se repite, el cesionario de derechos y acciones en una universalidad herencial adquiere no solamente la expectativa de ver concretado su derecho en algo cierto y determinado, sino el derecho a obtener la objetividad concretada en el acto de partición, sea que la cartilla se haga a su tradente o venga adjudicada para sí mismo. El artículo 1884, que se estima violó el Tribunal, establece que el vendedor está obligado a entregar la cosa que vende. Si los derechos vendidos vienen a concretarse en cosas ciertas, y esas son las que se ordena entregar, el reparo que se hace a la sentencia es totalmente infundado.

Las otras disposiciones que se dicen violadas, las de los artículos 1602 y 1603 del C. C., enseñan que los contratos deben celebrarse de buena fe, que toda convención es una ley para las partes contratantes, y que éstos están obligados a cumplir todo lo que emane de la naturaleza misma de las estipulaciones: la mejor defensa oponible a los cargos que se hacen en este capítulo, es la enunciación simple de estos postulados legales, que interpretados de buena fe, no llevan a duda que la señora demandante está obligada a cumplir el pacto que se ha venido viendo. Se rechaza la acusación hecha a la sentencia, fundada en el motivo que se deja expuesto.

Segundo cargo. A términos de la demanda, "la sentencia del Tribunal viola el artículo 1495 del C. C. en relación con los ya citados 1602 y 1603 del mismo Código, porque si la demandada contrató con Nabor Cortés y no con su hija Elvira Cortés de de la Rosa, que es quien reclama la entrega de las cosas, esta señora sólo tiene derecho a solicitar de los representantes de la sucesión del comprador, y en manera alguna de ella—de la demandada—porque ninguna relación jurídica le da derecho a obtener la condenación que equivocadamente le ha impuesto la sentencia que trae únicamente la definición de contrato se acusa". Se considera:

El artículo 1495 que se estima violado, o convención; mas como de los hechos en que se funda la acusación se deduce que el recurrente considera que se han violado otras disposiciones sustantivas, que no enumera, entra la Sala al estudio del cargo que se le hace al fallo. Suficiente claro

el hecho, de que el contrato de compraventa que se ha venido repitiendo se celebró entre la señora Josefina Díaz de Dulce y el señor Nabor Cortés; también lo es, que al liquidarse la sucesión de la esposa de Nabor, se adjudicó a la hija de ese matrimonio, los bienes en que quedaron concretados o reducidos los derechos y acciones materia de esta venta. La partición de bienes en una sucesión tiene efecto declarativo entre los copartícipes y traslativo del causante a cada uno de ellos, según se desprende de la compaginación de los artículos 765 y 1401 del C. C. Si hecha una partición, se reputa que cada asignatario ha sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en el cupo que se le adjudica, y que jamás ha tenido parte en los otros bienes de la sucesión, es indudable que dicha partición deslinda los derechos mutuos de los copartícipes para que cada uno de ellos, merced a la ficción jurídica de la retroactividad, aparezca como sucesor inmediato y único del de cujus en los bienes que le fueron asignados, y ocupe el lugar de éste en lo relacionado con todos los derechos y obligaciones vinculados sobre los mismos bienes. Si, pues, el derecho de Nabor Cortés para pedir la entrega de los bienes materia de la compraventa era incuestionable, y pasó luégo en propiedad a su hija Elvira a virtud de la liquidación de la sociedad conyugal habida con su esposa, tránsito legal a que dio lugar el juicio de sucesión de esta señora, resulta también claro que el derecho heredado y que se ejercita al través del contenido de estos autos, ha de tener recibo favorable; y siendo así, al declararlo e imponerlo el Tribunal, no ha incurrido en violación alguna de leyes sustantivas. Se rechaza por tanto el cargo fundamental en el motivo que se deja expuesto.

Tercer cargo. Se acusa la sentencia porque viola los artículos 1890 y 976 del C. C. en relación con el 887 del C. J., y se argumenta así: "el recurso legal que le asiste al comprador para obtener la entrega de la cosa o cuerpo cierto comprado, es una acción posesoria, ya que terminantemente lo enseñan las disposiciones antes citadas, y en este caso el H. Tribunal ha violado tales disposiciones al aceptar y resolver una acción de estas que se ha extinguido o prescrito por ministerio de la misma ley".

Los artículos 1890 y 976 que se dicen violados hablan, el primero, de la prescripción de la acción que tiene un vendedor para que se le aumente el precio de la venta en casos en que el contrato se haya hecho teniendo en cuenta la cabida; el 976, del tiempo en que prescriben las acciones posesorias. Pero el caso del pleito no contempla ninguna de estas dos situaciones jurídicas; no se ha hablado en los autos del fenómeno jurídico de la prescripción, ni el Tribunal, caso de haberse consumado, habría podido declararla, porque para tomar tal determinación, es preciso impulso y movimiento de quien quiera favorecerse con esta defensa exceptiva. Si el motivo para comprobar el cargo que se estudia, se refiere a que el procedimiento que ha debido seguirse para definir las acciones de que habla el escrito inicial de este litigio, ha debido ser el especial señalado en el artículo 887 del C. J. y no el trámite ordinario que movilizan estos autos, le basta a la Corte con advertir que como la petición sobre entrega de los inmuebles, se suplica como consecuencial a las principales, "sin efecto actual el pacto de retroventa.... subrogada la compareciente en la adjudicación de bienes....." peticiones estas que sólo pueden declararse en juicio ordinario, procesalmente era admisible el trámite acumulado que ha tenido la petición de entrega que se ha venido viendo. Otra consideración se impondría, si la acción principal del libelo hubiese reducido a pedir la entrega del inmueble determinado, en el caso del artículo que el recurrente considera ha violado el Tribunal al dictar la sentencia que se acusa. Es también infundado este cargo.

Cuarto cargo. Se acusa la sentencia por violación de ley procedimental, "por haberse interpretado o apreciado erróneamente la prueba en que funda su derecho la demandante señora Elvira Cortés de de la Rosa". Si la violación de la ley, y por lo cual se acusa en casación una sentencia, proviene de apreciación errónea de determinada prueba, prescribe la ley, que es necesario que se alegue sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. No precisa el recurrente en su escrito cuál es la prueba apreciada erróneamente, y siendo así, la Corte estaría excusada del estudio de las disposiciones que se dicen violadas, mas, como en otra parte del escrito de casación dice el recurrente que la prueba en que se ha fundado la parte actora para respaldar su derecho, es la que emana del instrumento público número 169 citado, se estudia el cargo.

Toda decisión judicial en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la

demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena, por alguno de los medios probatorios indicados o reconocidos por la ley; en el caso, el Tribunal fallador tomó como fundamento de su decisión el contenido del contrato relacionado en la escritura en mención, contrato éste de compraventa con pacto de retroventa y en donde se señaló el plazo de ocho meses para que el vendedor pudiera reembolsar al comprador la cantidad determinada en el mismo contrato para poder retrovender, y en donde se estipuló también, que los bienes materia de la venta quedaban en poder de la vendedora hasta tanto pasara el término acabado de indicar. Pero dice el recurrente: "pero desde que la demandante exige la entrega era de rigor que ella diera la prueba de que ese bien se encuentra en poder de la demandada, prueba que por ninguna parte aparece en el proceso". A más de la manifestación expresa y declarada en el instrumento en mención, el proceso demuestra que los bienes que representan los derechos materia de la compraventa, están en poder de la demandada; basta recordar, que la defensa ha alegado precisamente, entre otras razones, la de que no le es posible entregar lo que se reclama porque lo vendido no fue cuerpo cierto sino meras acciones. Mi representada, dice el recurrente, "no está obligada a entregar al comprador cosa alguna determinada porque lo vendido fueron meras acciones, su obligación concretaba a responder por la existencia de esas acciones". Por lo demás, como no precisa el recurrente cuál puede ser la interpretación errónea que le ha dado el Tribunal a la prueba emanada del instrumento público citado tantas veces, debe estimarse infundado el reparo que se hace en este aparte, toda vez que una demanda de casación no puede tener eficacia cuando se acusa por error en la apreciación de la prueba y no se demuestra el cargo, sino que se enuncia simplemente; y así ha pasado en el presente caso.

Quinto cargo. — Viene formulado así: "Finalmente, la sentencia acusada es violatoria también de los artículos 1939, 1536 y 1148 del C. Civil, desde que el contrato de venta con pacto de retroventa es un contrato netamente condicional, cuya vigencia o estabilidad, no queda en firme sino cumplida o no la condición. En el caso presente la demandante al pedir que se declare sin efecto el pacto de retroventa, ha debido dar la prueba que se ha cumplido o no con la condición, demostrando que la escritura número 169 de 24 de mayo de 1927, estaba en vigor por no haber sido cancelada por alguno de los medios legales, prueba que correspondía dar a la demandante según el artículo 1757 del C. C. y que se echa de menos en la prueba que obra de autos".

No contemplan los autos la resultante de un contrato de venta con pacto de retroventa, en el evento de que el vendedor quiera hacer uso de la facultad de recobrar la cosa vendida, caso en que el art. 1943 del C. C. establece de manera terminante a favor del comprador el derecho a que se le dé noticia anticipada de la intención de reembolso, en tiempo que no bajará de seis meses para los bienes raíces ni de quince para los bienes muebles; esta relación no acaece al presente; la vendedora con pacto de retroventa, no ofreció reembolsarle al comprador el precio en el término fijado ni en ninguno otro, para que ese ofrecimiento surtiera sus efectos. El pacto de retroventa celebrado y constatado en la escritura pública número 169 de 24 de mayo de 1927, debía tener su consumación a los ocho meses siguientes, pero el plazo pasó sin que la vendedora hubiera hecho reembolso del precio o hecho oferta real ni efectiva, al menos no se trajo a los autos este comprobante, que ha debido allegar la demandada, en acuerdo con elementales nociones de pruebas judiciales, por ser éste un hecho negativo simple para la demandante, constitutivo además de un hecho exceptivo cuya prueba en todo caso corresponde a quien lo alega. El pacto de retroventa, no es sino una venta sujeta a una condición resolutoria potestativa del vendedor, consistente en el cumplimiento del evento de restituir el dinero estipulado dentro de determinado plazo, a términos, que si así sucediere, se recobra ipso-facto el dominio de lo vendido, y en caso contrario, tiene como virtualidad la consolidación en favor del comprador sin más formalidades. Si la parte recurrente estimaba que el pacto de retroventa había sido aprovechado por ella misma, ha debido dar la prueba de tal afirmación y como el Tribunal falló anotando la falta de este comprobante, falló en derecho y sin violación alguna de las disposiciones legales que se consideran infringidas. Es infundada la acusación que se hace a la sentencia por el motivo indicado en este capítulo.

La sentencia del Tribunal acoge la peti-

ción sobre pago de perjuicios de que habla el escrito inicial de este proceso, y se ataca finalmente esta determinación en la demanda de casación, argumentando que hay error en la apreciación de la prueba, "al condenar a la demandada al pago de los perjuicios dependientes de la demora en la entrega de los terrenos, sin que se haya demostrado la obligación de entregar que para este efecto tenga la demandada respecto de la demandante". Fuera de que no precisa el recurrente cuáles fueron las pruebas interpretadas erróneamente, como resulta de todo el contenido del estudio anterior que se evidenció con plena claridad que sí está demostrada y que es legalmente imponible la obligación de entregar los bienes de la demandada, y este el motivo que se alega en esta parte para acusar la sentencia, debe rechazarse el cargo.

En consecuencia, como ninguno de los motivos que fundamentan la acusación a que se refiere el cargo de que la sentencia viola disposiciones legales, ya por interpretación errónea o por aplicación indebida, ni aparece que el Tribunal sentenciador incurrió en errores de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, no se casa la sentencia.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar y no infirma la sentencia objeto del presente recurso.

Las costas de éste son de cargo del recurrente. Tásense.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UNOS CONTRATOS POR SUPUESTA DEMENCIA DE UNO DE LOS CONTRATANTES.—ACUMULACION DE ACCIONES.—SIMULACION.—DECLARACIONES DE TESTIGOS.

1.—La regla general consignada en el artículo 209 del C. J. no tiene más limitación, fuera de los requisitos de competencia e identidad procedimental a que aluden los dos primeros numerales de ese artículo, que la contrariedad e incompatibilidad de las acciones con la salvedad allí expresada. La acumulación de acciones, fundada en un principio de economía procesal, deja de ser posible cuando el ejercicio y la declaración de la una excluye el ejercicio y la declaración de la otra. — 2.—La simulación contractual, como lo ha dicho muchas veces la Sala de Casación, supone la creación de dos convenciones coexistentes, parcial o totalmente contradictorias entre sí, ostensible la una y secreta la otra. Los incapaces absolutamente no pueden simular jurídicamente porque la simulación es un fenómeno de bilateralidad válida con base de consentimiento perfecto. La simulación no es por sí misma determinante de ninguna invalidez, y la acción utilizable para su declaración judicial, esencialmente distinta de la de nulidad, se destina a obtener la prevalencia sobre un contrato aparente que no liga la voluntad de los contratantes a uno oculto o secreto que lo altera, modifica o destruye y que representa la verdadera ley de las partes. La Corte ha dicho en varias ocasiones que aunque aparezca equivocadamente nombrada la acción de simulación bajo el calificativo de nulidad, hay que considerarla y decidirla si de sus hechos fundamentales puede deducirse un caso de simulación, esto es, cuando ha sido ejercitada y hay solamente una dificultad de bautizo. — 3.—El artículo 702 del C. J. es una de las disposiciones que en nuestro derecho probatorio adoptan el sistema de la persuasión racional dejando al Juez notable margen de libertad en la apreciación del valor o fuerza de la prueba.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto diecinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Marinilla, en libelo fechado el 13 de noviembre de 1936, Ana Joaquina Zuluaga, en nombre y representación de la sucesión ilíquida de su finada madre Ana Josefa Giraldo de Zuluaga, demandó a Ramón Gómez S., mayor y vecino del Santuario, para que previos los trámites de un juicio ordinario, se declare:

"a) Que son nulos absolutamente los contratos de compraventa habidos entre el demandado Gómez y mi madre la señora Giraldo viuda de Zuluaga y de que dan cuenta las escrituras números 87, de 5 de marzo de 1927; 61, de 8 de febrero de 1929; 380, de 17 de noviembre de 1931, y 275 de 15 de julio de 1934, otorgadas ante el señor Notario de este Circuito y por las cuales ésta dijo vender a aquél los bienes que en ellas se determinan.

"b) Que son también nulas las tradiciones inscritas o inscripciones que de tales escrituras se hicieron en el respectivo libro de registro y que por tanto deben cancelarse.

"c) Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en la letra a), el demandado Gómez está en la obligación de restituír o entregar, tres días después de la ejecutoria del fallo respectivo, a la sucesión ilíquida de la señora Ana Josefa Giraldo viuda de Zuluaga, representada por las personas ya dichas en esta demanda, los inmuebles que dijo comprar por aquellas escrituras.

"d) Que como poseedor de mala fe que ha sido y es de tales inmuebles está en la obligación de pagar a la misma sucesión el valor, en dinero, de todos los frutos naturales y civiles, no solamente percibidos sino que hubieran podido percibirse como consecuencia de una administración cuidadosa sobre dichos bienes.

"e) Que debe pagar a la misma sucesión todos los gastos que implique el presente juicio".

De los antecedentes de este litigio, consignados en forma de hechos fundamentales de la demanda, se hace mención sintética de los siguientes que tienen importancia para la decisión del recurso, porque ex-

presan y determinan la causa originaria de la nulidad impetrada y dan asimismo naturaleza jurídica específica a la acción que ha sido incoada.

A raíz de la muerte del padre de la actora, Rafael Zuluaga, acaecida con anterioridad aproximada de diez años a la fecha de la demanda, su viuda, Ana Josefa Giraldo, dueña de apreciable fortuna, tenía muy débiles y menguadas sus facultades espirituales, y de ahí en adelante fueron decreciendo progresiva y velozmente hasta el punto de que a poco tiempo de su viudedad "esas facultades eran nulas y su estado mental el de una clásica y típica demente".

El demandado Ramón Gómez, casado con una hija de ese matrimonio, en cuya casa habitó, a la muerte del marido continuó viviendo con su suegra hasta la muerte de ésta, ocurrida dos meses antes de iniciar este pleito, "ejerciendo sobre ella un absoluto dominio, como que esa anciana, sin razón y sin fuerzas, dependía en un todo de su yerno, quien cumplió sobre la enajenada una verdadera obra de capitación".

En estas condiciones, a lo largo de ocho años que corren de 1927 a 1934, se celebraron entre Ana Josefa Giraldo v. de Zuluaga y el demandado Gómez los contratos de compraventa enumerados en la demanda, y a través de los cuales, fraudulentamente, pasaron a poder de Ramón Gómez todos los bienes de la madre de la demandante y sus frutos durante cerca de diez años, para lo cual contó el demandado con la complacencia del Notario del Circuito de Marinilla, quien no se negó a la prestación de sus servicios de tal, no obstante la notoria enajenación mental de la señora Giraldo de Zuluaga".

Con apoyo en estos hechos principales y en la razón jurídica de que en los mencionados contratos de compraventa faltó el consentimiento de la vendedora porque como demente que estaba era absolutamente incapaz, inició este pleito de nulidad Ana Joaquina Zuluaga en la forma ya vista.

El Juzgado del Circuito finalizó la primera instancia con sentencia de 23 de julio de 1937, en que fueron negadas completamente las peticiones de la demanda y absuelto en consecuencia el demandado de todos los cargos. Esta sentencia absolutoria fue confirmada con un voto disidente, por la definitiva del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, proferida el 14 de octubre de 1938 en la segunda instancia a que dio lugar la apelación de la actora, y que es la acusada por ésta en el recurso de casación que hoy se falla por estar legalmente preparado.

Sentencia acusada.

En orden a establecer la insania mental de Ana Josefa Giraldo viuda de Zuluaga, vendedora en los contratos cuya nulidad absoluta se ha demandado, solamente fue aducida al juicio, por parte y parte, prueba testifical. Sobre esta circunstancia edificó el Juzgado del Circuito su sentencia absolutoria, porque consideró que la prueba testimonial no es eficaz por sí sola para establecer la demencia que genera la incapacidad absoluta, sino que es preciso la intervención de peritos médicos para poder tener por fehacientemente demostrada la anormalidad psíquica que incapacita para consentir jurídicamente.

La sentencia del Tribunal rectifica en primer lugar esta tesis en desestimación probatoria del Juzgado, y asienta el principio de que legalmente es posible utilizar todos los medios adecuados que el derecho probatorio reconoce y define, para destruír el mérito de la presunción legal que consagra el inciso 2º del artículo 553 del Código Civil para obtener la invalidación de un acto o contrato ejecutado o celebrado por un demente no sometido a interdicción judicial. Advierte en seguida las condiciones esenciales que debe reunir la prueba testimonial para que sea capaz de fundar la certidumbre judicial en estos casos, como la de que los testigos que deponen sobre deficiencia o carencia de facultades mentales o volitivas de una persona declaren sobre hechos precisos coetáneos al acto o contrato que se pretende afectado por la demencia, o cuando menos sobre los ocurridos inmediatamente antes y que muestren la existencia de la tara, y con este criterio desestima las exposiciones de los testigos de la parte actora sobre la demencia de la señora Giraldo viuda de Zuluaga porque no versan sobre hechos concomitantes ni cercanos a la celebración de los contratos atacados y porque sólo se refieren a la situación mental y moral de ella en forma general y simplemente inferida. Además de esta deficiencia anotada a la prueba testimonial de la demandante, a cuyo cargo estaba la demostración de la enfermedad mental de su causante, el Tribunal desestima totalmente los testimonios aducidos en ambas instancias del juicio por las partes litigantes en virtud de encontrarlos contentivos de afirmaciones diametralmente contrarias, los

de la parte actora en el sentido de considerar a Ana Josefa Giraldo como completamente enajenada y privada de toda capacidad mental a partir de la fecha de su viudedad, y los aducidos por la parte demandada que muestran a la misma señora como persona sana, cuerda y capaz, dotada de especiales habilidades como negociante hasta pocos días antes de su muerte.

En estas condiciones de contradicción testimonial sobre el hecho esencial del litigio, y después de anotar la circunstancia de que son más numerosos los testigos que afirman la salud mental de la madre de la actora, entre los cuales destaca las declaraciones de los testigos instrumentales de los cuatro contratos y la del Notario que los solemnizó, concluye el Tribunal que la incertidumbre que fluye del examen de todos los testimonios aducidos, debe ceder en favor de la presunción legal de validez de los contratos, no desvirtuada por el haz probatorio del proceso.

Tales los fundamentos de la sentencia que está a la consideración de la Corte. El voto disidente se funda en que según los términos de la demanda, la acción de nulidad absoluta ejercitada se apoya en dos causales: a) En que la contratante señora Giraldo de Zuluaga se hallaba en estado de demencia cuando contrató, esto es, en falta de consentimiento sano, y b) Que en esos contratos faltó "la causa o precio, es decir la equivalencia correspondiente a los inmuebles que dijo trasmitir dicha señora, o sea nulidad por simulación". Considera el Magistrado que dejó a salvo su voto que al llegar la mayoría a la conclusión de que no existió la nulidad por causa de la demencia, debió analizarse "si existió la nulidad por el otro concepto alegado en la demanda, o sea por simulación".

El recurso.

La acusación contra el fallo del Tribunal, que busca fundamento en las razones del salvamento de voto, se apoya en la primera y en la segunda de las causales legales de casación enumeradas en el art. 520 del C. J. Con la separación con que se formulan los cargos en la demanda, se consideran y estudian, comenzando por el referente al motivo segundo.

a) Se hace consistir la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes en que habiéndose propuesto como fundamento de la nulidad contractual impetrada la demencia de la vendedora Giraldo de Zuluaga y a la vez la simulación de esos contratos, el Tribunal ha debido analizar los dos motivos y decidir sobre ambos, no limitándose, como lo hizo, a estudiar el aspecto de la capacidad simplemente. "Siendo esto evidente —dice la demanda— el fallo del Tribunal de Medellín fue deficiente por haber resuelto sobre menos de lo pedido, pues no consideró para nada la inexistencia del contrato por falta de causa, por la inexistencia del precio, como se planteó el debate con el hecho décimo y su contestación".

Se considera:

Podría pensarse, como lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia de casación civil, que contra la sentencia que ha finalizado este pleito no procede el cargo de incongruencia por defecto por haber sido completamente absolutoria en los dos grados; sin embargo, la circunstancia de afirmarse la dualidad a que se hizo alusión en el motivo originario de la nulidad y no aparecer tratado este aspecto en la sentencia, requiere algunas consideraciones sobre este motivo de acusación.

La parte petitoria de la demanda se refiere exclusivamente a la declaración de que son nulos absolutamente los contratos de compraventa que cita y a las consecuencias ordinarias de la nulidad como la invalidación de los registros y las prestaciones recíprocas, sin aludir especialmente a ninguna causa. Es de la lectura total del libelo, especialmente de sus hechos fundamentales y sus razones de derecho, de donde resulta inconfundiblemente expresada la causa o el origen que se adscribe a la nulidad que se pide. La enunciación de todos los antecedentes de este pleito que en forma de hechos básicos contiene la demanda y a que se hizo referencia encomillada al principio de esta decisión, en que como única causa de la nulidad absoluta de las compraventas en que intervino como vendedora Ana Josefa Giraldo de Zuluaga se alega su demencia, su enajenación mental, su falta de razón, su imposibilidad de consentir, no dejan lugar a ninguna duda sobre que la acción de nulidad intentada no versa sino sobre la absoluta que corresponde a los actos y contratos de las personas absolutamente incapaces, en este caso, de una demente. Con estas bases de hecho y de derecho se perfeccionó esta litis contestación.

El recurrente no hace pie sino en el hecho 10º del libelo inicial para formular el cargo que se estudia; pero resulta que ni

aun en esta forma de interpretación fragmentada, desglosando un solo fundamento de la acción, puede llegarse a aceptar que en este juicio se intentaron simultáneamente las dos acciones a que se refiere la demanda de casación, porque en el texto del citado hecho, aunque se alude incidentalmente a la simulación, se hallan expresiones cuyo obvio sentido armoniza con la interpretación global de la demanda, fuera de que descartan por incompatibilidad jurídica la existencia del fenómeno de la simulación, como cuando se afirma la imposibilidad de consentimiento válido o la de la existencia de un precio real puesto que la demente no podía tener el propósito de adquirirlo.

El hecho en referencia, concebido a manera de resumen, es del tenor siguiente: "Los contratos de compraventa relacionados en el numeral quinto de esta demanda, por cuanto que en ellos no hubo ni podía haber consentimiento válido por parte de la que dijo vender, porque en ellos no hubo causa como que fueron ficticios ni en ellos hubo precio real como contravalor en dinero por los inmuebles que se dijo vender, como que ni el comprador lo pagó ni tuvo propósito de pagarlo ni la demente de adquirirlo, porque por parte de la pseudo vendedora no hubo ni podía haber ánimo de transferir el dominio de los predios, porque todos ellos fueron una farsa dolosa por parte del que se titula comprador y un abuso punible de este mismo en contra de una anciana incapaz son nulos, con nulidad absoluta".

Por lo demás, cualquiera base que pudiera hallarse en el preinserto texto a la tesis que propugna el recurrente quedaría destruída con la propia explicación que el apoderado de la actora hace en su alegato de conclusión ante el Tribunal, cuando dice: "Es claro que cuando en este juicio se habla de contrato ficticio o simulado, se entiende que se refiere al llamado comprador, de ninguna manera a la que aparece como vendedora porque ésta, que era apenas un ente físico, se limitaba a hacer en tales operaciones actos de presencia material sin que su voluntad ni su mente ni por tanto su consentimiento válido, intervinieran para nada en dichos actos en los que desempeñaba el mero papel de víctima inconsciente".

La cuidadosa lectura de la demanda, pauta y norma del juicio, permite, pues, afirmar que la sentencia que lo decide no omitió ninguna de las cuestiones que fueron objeto de la litis contestatio y que por tanto no existe la pretendida incongruencia por deficiencia en el fallo. Pero es que además de que la acción de simulación contractual no aparece en este caso propuesta y sometida a la decisión judicial simultáneamente con la de nulidad absoluta por demencia de la vendedora Giraldo de Zuluaga, tampoco habría podido proponerse por imposibilidad legal de ejercitar esas dos acciones en la misma demanda.

En efecto: La regla general consignada en el artículo 209 del C. J. conforme a la cual en una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones, no tiene más limitación, fuera de los requisitos de competencia e identidad procedimental a que aluden los dos primeros numerales de ese artículo, que la contrariedad e incompatibilidad de las acciones con la salvedad allí expresada. La acumulación de acciones, fundada en un principio de economía procesal, deja de ser posible cuando el ejercicio y la declaración de la una excluye el ejercicio y la declaración de la otra, tal como acontecería en este caso si fuera exacto que en la demanda que inició el litigio se ejercitaron simultáneamente la acción de nulidad absoluta en razón de la incapacidad absoluta por demencia de uno de los contratantes, y la de nulidad absoluta (aun aceptando esta equivocada denominación), con fundamento en que los contratos fueron simulados, porque hay una incompatibilidad jurídica esencial entre ambos casos. En el primero, la declaración de nulidad sería la consecuencia de haberse demostrado que en los contratos intervino como parte un demente, esto es, un absolutamente incapaz, imposibilitado jurídicamente para prestar consentimiento puesto que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y en el segundo, contemplando el fenómeno de la simulación, habría que aceptar la intervención de personas capaces de consentir perfectamente, ya que la simulación contractual, como lo lleva muy repetido esta Sala, supone la creación de dos convenciones coexistentes, parcial o totalmente contradictorias entre sí, ostensible la una y secreta la otra. Los incapaces absolutamente no pueden simular jurídicamente porque la simulación es un fenómeno de bilateralidad válida a base de consentimiento perfecto.

La simulación no es por sí misma determinante de ninguna invalidez, y la acción utilizable para su declaración judicial, esencialmente distinta de la de nulidad, se destina a obtener la prevalencia sobre un

contrato aparente que no liga la voluntad de los contratantes de uno oculto o secreto que lo altera, modifica o destruye y que representa la verdadera ley de las partes. La Corte ha dicho en varias ocasiones que aunque aparezca equivocadamente nombrada la acción de simulación bajo el calificativo de nulidad, hay que considerarla y decidirla si de sus hechos fundamentales puede deducirse un caso de simulación, esto es, cuando ha sido ejercitada y hay solamente una dificultad de bautizo. No está la Corte ante tal ocurrencia, porque aquí, como ya se dijo, ni aparece ejercitada ni podía legalmente ejercitarse en las anotadas condiciones.

Lo expuesto es bastante para rechazar el cargo fundado en la causal segunda.

b) Se consideran aquí, agrupados por la identidad de sus fundamentos, los cargos formulados en los capítulos II y IV de la demanda de casación, relacionados con la causal por violación de ley sustantiva, el primero por error de hecho en la interpretación de la demanda y consistente en que el Tribunal "rehuyó estudiar" lo referente a la nulidad por simulación, aspecto contemplado en la demanda y sobre el cual se trabó también la litis como se ve del hecho 1º y su contestación", y el segundo, por "error de hecho que aparece de manifiesto en los autos al no haber considerado el Tribunal las pruebas del demandante para acreditar la falta de causa por el no pago del precio, por haber sido el contrato ficto".

Se considera:

Se replantea de esta manera, trasladándolo la causal primera del artículo 520 del C. J., el mismo cargo que ya fue objeto de consideración y análisis en el aparte anterior de este fallo y que se quiere fundar en que el Tribunal cerró los ojos ante el problema de la "nulidad por simulación". El error manifiesto es del recurrente que se empeña en ver en los términos inconfundibles en que está consignada la demanda el ejercicio de una acción de simulación que no se intentó y que no podía ser intentada en la forma acumulativa en que lo pretende.

Las pruebas que el recurrente afirma no fueron consideradas ni tenidas en cuenta por el Tribunal al proferir su sentencia están destinadas, en su mayor parte, a establecer el mal estado mental de Ana Josefa Giraldo viuda de Zuluaga para deducir sobre ellas su falta de consentimiento en los contratos referidos, y a establecer, otras, el aprovechamiento que el demandado hizo de la demencia de su suegra a quien por esta causa redujo a la miseria. "Es de todo rigor — dice la demanda de casación—, en el caso de que la H. Corte no encuentre demostrada la demencia de la señora Ana Josefa Giraldo como suficiente para anular el contrato que estudie la falta de normalidad de ella tal como aparece de las declaraciones ya citadas en el capítulo anterior en relación con la falta de causa que existe en el contrato por haber sido simulado".

Es principio de derecho probatorio que las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión, y en este sentido fueron apreciadas por el sentenciador, es decir, como elementos de convicción para establecer la realidad de una nulidad absoluta de unos contratos por haber intervenido en su celebración una persona que por ser demente era absolutamente incapaz. No tenía por qué el Tribunal, ni la Corte ahora, considerar el acervo probatorio del proceso para acreditar la falta de normalidad de la vendedora Giraldo de Zuluaga en relación con una acción que no fue la ejercitada y al frente de la cual la inconducencia de las probanzas aparece evidente. Resulta ilógico en efecto pretender demostrar la simulación de un acto jurídico esgrimiendo pruebas sobre la incapacidad o salud mental o imposibilidad de prestar consentimiento válido de uno de los contratantes. Y esto basta para rechazar el cargo.

c) "Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas del demandante y de las del demandado con las cuales se acredita la demencia que afectaba a la señora Josefa Giraldo". Afirma el recurrente que el Tribunal "no tuvo en cuenta para deducir la existencia de la calidad de demencia en la mencionada señora las declaraciones de Laureano Ortiz, Luis Gómez, Luciano Quintero, Andrés Hoyos y varios otros, según las cuales la Giraldo era tonta rematada, que de haberlas comparado y meditado habría llegado a conclusión distinta de la que adoptó, con lo cual violó directamente los artículos 696, 697, 662, 665, 666 y 702 del C. J., e indirectamente los artículos 1602, 1624, 1740 del C. C. y el 2º de la Ley 50 de 1936, al rechazar los testimonios por contradictorios afirmando simplemente su identidad cualitativa, desaprovechándolos como fuente indiciaria y negándoles el valor legal de plena prueba que les correspondía.

Se considera:

Al reseñar los fundamentos y razones

en que se apoya la sentencia acusada se dijo que el Tribunal sometió a su consideración y análisis la única prueba traída al proceso en demostración del hecho de la demencia de la señora Giraldo de Zuluaga, consistente en múltiples declaraciones de testigos producidas a pedimento de ambas partes, y que la conclusión apreciativa a que llegó sobre su mérito fue el fruto de la avaluación de los testimonios en sí mismos, considerados insuficientes por no versar sobre hechos concretos, coetáneos o siquiera cercanos a la celebración de los contratos y por estar concebidos más bien en forma conceptual sobre el estado síquico, y fruto, además, de la contraposición o cotejo de esas declaraciones que por haberse hallado totalmente contradictorias sobre el hecho esencial fueron desestimadas en su valor para destruír la fuerza de la presunción legal en favor de la validez de los contratos celebrados por la causante de la actora durante un dilatado lapso en que los parientes que la consideraban demente pudieron iniciar y no iniciaron diligencias judiciales para obtener su interdicción y en esta forma salvaguardiar sus intereses.

No es exacto que el Tribunal haya dejado de apreciar o tener en cuenta elementos probatorios aducidos al juicio; la sentencia revela que en el balance definitivo de las pruebas figuraron todas, pero que no se hallaron fehacientes sobre el hecho a cuya demostración se destinaron, como se ve de los siguientes pasajes:

"Los testigos de la parte actora que reputan a la señora Zuluaga como demente, ninguno de ellos afirma hechos concomitantes o inmediatamente anteriores a la celebración de los cuatro contratos atacados. Ni sobre uno de ellos apenas dan cuenta de hechos que mostraran la ausencia de consentimiento en la anciana vendedora en los contratos solemnes de compraventa pactados con el demandado, que en copia notarial figuran en autos. Una presunción de carácter legal, como la fijada por el artículo 553, inciso 2º, del C. C. no puede destruírse con testimonios que sólo hablan de una situación mental y moral general, apreciada sin elementos científicos de ninguna clase, simplemente inferida".

"La absolución que contiene la sentencia de primer grado, la negativa de las súplicas del libelo, no es viable porque sean testigos los que afirmen la demencia de la señora Giraldo de Zuluaga, sino porque los testimonios, de una y otra parte, son contradictorios, informan afirmaciones diametralmente contrarias: la de considerar la expresada anciana, cuya vida estuvo llena de privaciones, como persona completamente enajenada, privada de capacidades mentales y morales a contar de la fecha del fallecimiento del finado señor Rafael Zuluaga, diez años atrás, según los asertos de los testigos traídos por la demandante; y la de reputar como persona sana, cuerda y capaz, con habilidades para el negocio, hasta pocos días antes de su muerte, a la dicha señora. El número de testigos que hacen esta última afirmación es mucho mayor que el número de los que aseveran la afirmación contraria. Entre estos testigos están los que concurrieron con la calidad de instrumentales en las cuatro escrituras públicas contentivas de los contratos que se impugnan de inválidos, con invalidez intrínseca, por el vicio de la ausencia del consentimiento de parte de la señora vendedora de los inmuebles. Estos testigos, cuyos dichos no fueron infirmados por el cuestionario de repreguntas, aseran de consuno que la señora Giraldo de Zuluaga estaba en el dominio de sus facultades mentales y morales a la fecha del otorgamiento de los mencionados contratos. El Notario que autorizó esos contratos en las escrituras llevadas y traídas, el mismo que actuó en todos los que aparecen en las referidas escrituras, atesta que la dicha señora Giraldo de Zuluaga dio plenamente el consentimiento y que conversó a espacio con la expresada otorgante, antes de la firma de los instrumentos, dándose cuenta, por tal motivo, de que la citada vendedora sí era consciente en la celebración de tales convenciones".

Este análisis probatorio de la sentencia en torno de las exposiciones testimoniales, único elemento demostrativo del hecho esencial del pleito, encuentra su plena autorización y respaldo, aunque no esté citado en el fallo, en el artículo 702 del C. J., una de las disposiciones que en nuestro derecho probatorio adoptan el sistema de la persuasión racional dejando al Juez notable margen de libertad en la apreciación del valor o fuerza de la prueba, y según la cual "cuando sobre un mismo punto se presenten exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el Juez atendiendo a las condiciones de aquéllas y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a

determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones". La desestimación que el Tribunal hizo de las exposiciones testimoniales contradictorias entre sí, de acuerdo con su propio criterio y según la ley que le concede facultad apreciativa, es respetable para la Corte, ante la cual, con ocasión del recurso de casación, no es posible replantear el problema de la apreciación probatoria del proceso, mientras no se demuestre que el sentenciador de segundo grado incurrió en error de derecho al apreciar en más o menos de su valor legal una prueba, o en error de hecho al dar por establecido o inexistente un hecho contra la evidencia que aparece de manifiesto en los autos. Apenas hay que decir que en este caso no hay fundamento para imputar al Tribunal ninguna de estas dos especies de error en el justiprecio de las pruebas, porque la graduación de su mérito está hecha al tenor de la ley, y porque la pretendida demencia de la señora Giraldo viuda de Zuluaga, cuya realidad se negó a tener por demostrada, no es posible hallarla evidentemente establecida en el proceso, que en realidad, sobre esta cuestión fundamental solamente ofrece la perplejidad a que da lugar una prueba de testigos esencialmente contradictoria y afectada de visibles deficiencias legales.

Por lo expuesto, no siendo más los cargos del recurso, 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 14 de octubre de 1938, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón — Isaías Cepeda—Daniel Anzola — Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SUPUESTAS SIMULACION Y DOLO. CONTRATOS — MEDIOS NUEVOS EN CASACION—INCONGRUENCIA

1. No es posible sostener jurídicamente que un contrato pueda modificarse sin que intervengan las mismas personas que lo han celebrado primitivamente, y aun suponiendo que ello pudiera hacerse, en nada podría perjudicarse a quien no intervino en la modificación. — 2. Los medios nuevos son inadmisibles en el recurso de casación. — 3. La acusación de incongruencia es improcedente cuando la sentencia ha sido absolutoria, según reiterada jurisprudencia de la Corte.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

El señor Pedro D. Ramos demandó, en juicio ordinario, ante el Juez del Circuito de Plato, a los señores José del Tránsito Saumet y Miguel Gómez N., y en su libelo pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nulo total o absolutamente el contrato contenido en la escritura número 69 de veintiuno (21) de junio del presente año, corrida en la Notaría del Circuito de Mompós y registrada el día siguiente (22) de junio bajo el número 71 en la Registraduría de este lugar, sobre compraventa del predio "Betel", ubicado en jurisdicción de este municipio, contrato celebrado por Miguel Gómez N. a favor del señor José del Tránsito Saumet, por ser simulado o ficticio".

"2ª Que asimismo es nulo, de nulidad relativa, el mismo contrato, por haberse concertado con dolo entre los mismos contratantes, con perjuicio manifiesto de los intereses de mi representado, vinculados con los de ellos por contrato anterior válido, que han pretendido destruír".

"3ª Que José del Tránsito Saumet y Miguel Gómez N. están obligados solidariamente a pagar a mi mandante los perjuicios del contrato simulado y doloso, efectuado entre ellos, perjuicios que valoro en la suma de DOS MIL PESOS ($ 2,000.00) moneda legal".

"4ª Que los mismos demandados Saumet y Gómez N. están obligados también al pago de las costas que se causen en este juicio si hacen oposición a las acciones demandadas".

Trabada la litis sobre esta base, el Juez del conocimiento la desató por sentencia del dos de septiembre de mil novecientos treinta y siete, cuya parte resolutiva dice:

"El Juzgado del Circuito, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a los demandados señores José del T. Saumet y Miguel Gómez N. de los cargos de la demanda, y en consecuencia declara que no es nula (sic) la escritura pública número sesenta y nueve (69), de veintiuno (21) de junio de mil novecientos treinta y cinco (1935), por la cual Miguel Gómez N. vende a José del T. Saumet el potrero denominado "Betel". No hay costas".

De esta sentencia apeló el demandante, y concedido el recurso y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta falló el asunto el nueve de octubre de mil novecientos treinta y nueve, confirmando la sentencia apelada, con salvamento de voto del Magistrado doctor Dionisio Rincones Ponce.

Contra este fallo interpuso el demandante recurso de casación, que una vez tramitado legalmente se pasa a decidir.

Los hechos que dieron origen al pleito son los siguientes:

Por escritura número 85, del 5 de junio de 1928, de la Notaría del Circuito de Plato, Miguel Gómez N. declaró que daba en venta real a José del T. Saumet y Pedro D. Ramos, un potrero denominado "Betel", ubicado en jurisdicción del municipio de Plato y determinado como se indicó en la referida escritura.

Hay constancia en el expediente de que Saumet y Ramos entraron en posesión material de la aludida finca y la explotaron en común, sin que ninguno de ellos se preocupara por hacer registrar la escritura de venta que les otorgó Gómez N.

En mil novecientos treinta y cinco Ramos inició contra Saumet la acción correspondiente para obtener la división del predio, pero antes de trabarse la litis Miguel

Gómez N. otorgó a favor de Saumet la escritura número 69 del 21 de junio de 1935, de la Notaría de Mompós, por medio de la cual vendió todo el predio de "Retal" al indicado José del T. Saumet.

La primera copia de esta escritura número 69 se registró en la correspondiente oficina de Plato el día 22 de junio de 1935, a la partida número 71, folios 182 a 186 del Libro respectivo, en tanto que la escritura número 85, del 5 de junio de 1928 sólo vino a registrarse el primero de noviembre de 1935, a la partida número 71, folios 61 a 65 del Libro número 1º, Tomo 6º de ese año.

El recurso

El demandante acusa la sentencia por las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J., y analiza la 1ª dividiéndola en tres partes, así:

"a) Se violaron, por no haberlos aplicado relacionándolos, los artículos 1602 y 1741 del Código Civil";

"b) Por no habérsele dado a la demanda el alcance que indudablemente tiene, se violaron los artículos 1524 y 1741, por no haberlos aplicado al caso. Este motivo, si se estima que es de compraventa el contrato consignado en la escritura número 69 de 1935 de la Notaría de Mompós"; y

"c) Se violó, por interpretación errónea, el artículo 2764 (sic) del Código Civil".

La segunda causal la hace consistir en que "la sentencia recurrida no está en consonancia con la petición tercera de la demanda".

Las razones y argumentos aducidos por el demandante pueden sintetizarse así:

La voluntad de los contratantes de la escritura número 69 fue, en realidad, la de modificar el contrato de compraventa consignado en el instrumento número 85, modificación consistente en suprimir o eliminar a Ramos como comprador. De consiguiente, como Ramos no intervino en la celebración del segundo contrato, éste carece de consentimiento y la sentencia dejó injustamente de aplicar los artículos 1602 y 1741 del C. C.

El contrato que consta en la escritura número 69 carece de causa, y como la sentencia no dio a la demanda el alcance que tiene, dejó injustamente de aplicar los artículos 1524 y 1741 del C. C., e incurrió en error de hecho al apreciar la mencionada escritura.

Se interpretó erróneamente el artículo 2764 del C. C. (parece que el demandante quiso citar el 2674, que fue el analizado por el Tribunal", porque consideró a Saumet como tercero respecto de Ramos, cuando en realidad no lo es.

El no estar la sentencia en consonancia con la petición tercera de la demanda, la hace consistir el recurrente en que nada dijo en relación con la indemnización de perjuicios que allí se pidió.

La Corte considera:

Son notorias en este pleito varias confusiones en que se ha incurrido, las cuales deben ponerse de manifiesto, aunque no fueron objeto del recurso ni la Corte puede resolver nada sobre ellas, porque han tratado de oscurecer los fines de la demanda, que deben destacarse con absoluta nitidez, ya que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consecuencia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

En efecto, Ramos confirió poder al doctor Acosta para que iniciara y llevara a término un juicio civil ordinario "para que se declare la nulidad, con los perjuicios consiguientes, por simulación y dolo, de la escritura pública número 69, de 21 de junio del presente año....."; el apoderado no pidió la nulidad de la escritura mencionada, sino la del contrato que ella contiene, pero, no obstante, en el hecho 3º de la demanda asegura que Saumet "se hizo confeccionar la escritura que demando, evidenciando con este hecho que es simulada y dolosa", y en el 5º dice que "debe anularse la escritura número 69, de fecha veintiuno (21) de junio del corriente año"; el Juez a quo absolvió a los demandados de los cargos de la demanda y declaró "que no es nula la escritura pública número sesenta y nueve". Por último, el Tribunal, en la parte motiva de su fallo advirtió que se pidió la nulidad del contrato y no la de la escritura, pero nada dijo al respecto en la resolutiva.

De consiguiente, antes de entrar a estudiar los cargos formulados a la sentencia, conviene, para fijar mejor las ideas, recordar las peticiones de la demanda.

Como atrás se vio, el actor pidió que se declare total o absolutamente nulo el contrato contenido en la escritura número 69, "por ser simulado o ficticio"; que asimismo se declare nulo, de nulidad relativa, "por haberse concertado con dolo entre los mismos contratantes, con perjuicio manifiesto de los intereses de mi representado"; y que se declare que Saumet y Gómez "están obligados solidariamente a pagar a mi mandante los perjuicios del contrato simulado o doloso, efectuado entre ellos".

Tales peticiones se fundaron en los siguientes hechos:

"1º Por medio de la escritura pública número 85, de fecha cinco de junio de mil novecientos veintiocho (1928) pasada en la Notaría de este Circuito, el señor Miguel Gómez N. vendió conjuntamente y por iguales partes a los señores José del Tránsito Saumet y Pedro D. Ramos, el predio denominado "Betel", compraventa que no ha sido invalidada ni modificada y tiene por consiguiente su valor legal, ya que el contrato queda perfeccionado con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. El predio tiene los siguientes linderos: Por el NORTE, con predio del doctor Emiliano Ferreira denominado "TARQUI"; SUR, predio denominado "ZORRILLA" de propiedad del comprador Tránsito Saumet y predio denominado "CARZAL" de la sucesión de Manuel Saumet Campo; ESTE, con predio de Galo Alarcón hijo, denominado "GUARUMAL"; y por el OESTE con predio "FLECHADERO" de Gregorio Molina".

"2º El señor José del Tránsito Saumet se hizo cargo de la copia de la escritura que otorgó Gómez N a favor de él y de mi poderdante Ramos, que les expidió el Notario con destino a ambos, para su registro y custodia, y con sorpresa inaudita, después del lapso transcurrido, siete (7) años, resulta haciéndose otorgar otra escritura a favor de él solo, sobre compraventa del mismo predio "Betel" y por el mismo vendedor, corrida en Mompós y registrada aquí en veinticuatro (24) horas".

"3º El señor José del Tránsito Saumet fue demandado por mi poderdante varias veces, a arreglos amigables sobre la división de la finca en comunidad, y por último judicialmente el día quince (15) de junio del corriente año, y el señor Saumet en respuesta a la demanda, corrió precipitadamente a la ciudad de Mompós, residencia actual del doble vendedor de "Betel", y se hizo confeccionar la escritura que demando, evidenciando con este hecho que es simulada y dolosa, toda vez que estaba vigente el contrato anterior, celebrado entre los señores Saumet y Ramos, por una parte, y Gómez N. por la otra".

"4º El señor Pedro D. Ramos no ha vendido al señor José del Tránsito Saumet ni a Miguel Gómez N. su acción indivisa en el predio "Betel" y de ahí fluyo que la nueva escritura tiene causa ilícita, e intención marcada de perjudicar los intereses del comunero Ramos, en el dominio del predio "Betel";

"5º Que por los hechos que se dejan narrados, debe anularse la escritura número 69 de fecha veintiuno (21) de junio del corriente año, y condenarse a los demandados al pago de los perjuicios y costas ocasionados por el acto antisocial".

Es evidente que ninguno de los hechos que acaban de copiarse, aun dándolos por probados plenamente, sirven para fundar una sentencia condenatoria, porque se refieren a cuestiones distintas de los motivos aducidos como causas de nulidad del contrato de que habla la escritura número 69 tántas veces citada.

LOS CARGOS

Causal 1ª

a) Es claramente inaceptable la tesis del recurrente, de que la voluntad de Gómez y Saumet, al celebrar el contrato de que da cuenta la escritura número 69, fue modificar el que consta en la número 85, sin la intervención de Ramos, porque no es posible jurídicamente sostener que un contrato pueda modificarse sin que intervengan las mismas personas que lo han celebrado primitivamente, y aun suponiendo que ello pudiera hacerse, en nada podría perjudicarse a quien no interviene en la modificación. De otro lado, este motivo de tacha constituye un medio nuevo en casación, desde luego inadmisible, pues no fue objeto de alegaciones en el curso del juicio. Por tanto, se desecha.

b) Según se acaba de ver, el recurrente sostiene primero que el motivo que indujo a celebrar el contrato consignado en la escritura 69 fue modificar el celebrado anteriormente por medio de la 85, y ahora que aquél carece de causa y que la sentencia incurrió en error de hecho al apreciar la mencionada escritura. La contradicción no puede ser más palmaria, porque si el contrato tuvo un motivo evidente y determinado, tuvo también una causa real y no aparente.

En concepto de la Corte es innegable que se contempla el caso previsto en el artículo 1873 del C. C., de doble venta de una misma cosa a dos personas, sin que pueda sostenerse que el segundo contrato es simulado, o ficticio, o que carece de causa o que tiene una causa ilícita.

En el presente juicio no se ha comprobado, en modo alguno, que el segundo contrato sea simulado o ficticio, ni que se haya celebrado con dolo, el cual debe probarse plenamente (artículos 1515 y 1516 del

C. C.), y por ello no pueden prosperar las peticiones de la demanda. No quiere esto decir que Ramos no tenga derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le puedan haber ocasionado por el contrato que se estudia: lo que sucede es que escogió mal la acción y su fracaso ha sido inevitable.

Se deduce de lo expuesto que tampoco es aceptable el cargo que se analiza.

c) Antes se dijo que sin duda el recurrente quiso citar el artículo 2674 del C. C., que es el pertinente, en vez del 2764, que no existe.

Para desechar este cargo, como se desecha, es suficiente decir que el pleito no versó sobre cuál de los contratos de compraventa, ni sobre cuál de los dos registros debe prevalecer, ni sobre si Saumet es tercero respecto de Ramos, o no. El juicio tuvo únicamente por objeto el que se declarara nulo el contrato celebrado por medio de la escritura número 69, por considerar el actor que es simulado o ficticio y que se concertó "con dolo entre los mismos contratantes". De consiguiente, sobran todas las consideraciones que la sentencia hizo al respecto y el salvamento de voto del Magistrado doctor Rincones Ponce. La parte motiva de la sentencia acusada ha debido limitarse a estudiar si las peticiones de la demanda aparecían probadas, o no, para fallar en consecuencia.

Causal 2ª

Que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque nada dijo en relación con los perjuicios demandados.

De conformidad con la jurisprudencia reiteradamente sostenida por la Corte, no puede existir esta causal cuando la sentencia es absolutoria, pero conviene agregar que en el presente caso, no prosperando la acción de nulidad del contrato demandado, era inútil entrar a estudiar los perjuicios ocasionados por esa causa. Por tanto, se desecha.

Con apoyo en las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta con fecha nueve de octubre próximo pasado.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OPOSICION AL DESLINDE DE UNA MINA.—CERTIFICADOS DE LOS EMPLEADOS DE HACIENDA SOBRE PAGO DEL IMPUESTO DE MINAS.—TITULO MINERO. — CERTIFICADOS SOBRE SUFICIENCIA DE TITULOS.—POSESION REGULAR DE MINAS.—IMPUESTO DE ESTACA.

1.—No existe precepto legal que exija que al pie de cada constancia en particular sobre pago del impuesto de minas ponga su firma el funcionario recaudador. Si en la certificación expedida por la administración de hacienda respectiva se deja establecido que los libros de constancias de pagos se empastaron y si al final de la encuadernación existe la firma original y auténtica del funcionario de hacienda recaudador, a falta de una exigencia especial de la ley esa diligencia es suficiente para garantizar la autenticidad de todas las constancias de pagos sentadas en aquellos libros. Sobre el particular acaba de decir la Corte que las certificaciones de los empleados de hacienda, con referencia al libro de que trata el artículo 167 del C. de Minas, hacen plena prueba del impuesto y no hay disposición que obligue a firmar cada una de esas constancias al empleado respectivo. La Corte ha sostenido que tratándose de pagos que se hacen en una oficina pública de recaudación, la prueba principal es el recibo firmado por el funcionario o empleado respectivo, pero eso no quiere decir que no tenga ninguna eficacia para demostrar ese pago la constancia de que habla el artículo 168. — 2.—El título minero tiene por objeto radicar en cabeza del titular o de sus causahabientes el privilegio de la explotación del mineral, siempre que haya adquirido y conservado la posesión regular de la veta, dentro de las normas legales. De ahí que los títulos mineros expedidos por el poder administrativo dentro de esas normas conserven su completa validez y únicamente son nulos y producen la reversión de la mina al patrimonio nacional cuando ocurre alguna de las circunstancias taxativamente señaladas en el art. 94 del estatuto minero. Fuera de tales circunstancias el título conserva su validez y el titular la posesión regular, mientras satisfaga puntualmente el impuesto anual de estaca. — 3.—Las certificaciones exigidas por el artículo 535 del C. J. no pueden tener aplicación para títulos mineros, cuya inscripción en el libro de registro correspondiente es factor suficiente para evidenciar su existencia y para conservar su validez, siempre que se haya conservado la posesión regular de la mina mediante el lleno de las condiciones aludidas. — 4.—Posesión regular de una mina es la que tiene el dueño de una mina titulada que paga puntualmente el impuesto establecido en el Capítulo II del C. de M. Tal posesión se adquiere por la expedición del título y se conserva por el pago del impuesto, en forma tal que esa posesión regular se pierde por el hecho de dejarse de pagar puntualmente el impuesto respectivo. (Artículos 291, 303 y 309 del C. de M.). — 5.—La antigua tarifa señalada por el artículo 143 del C. de M. fue reformada de manera expresa por el 8º de la Ley 30 de 1903, que vino precisamente a establecer nuevos impuestos para la conservación de la posesión regular de minas de oro, plata y platino. Ese estatuto vino a incorporarse en nuestra legislación minera y a constituir la norma legal sobre la materia impositiva, aplicable desde su vigencia a todos los casos en que debía apreciarse esa circunstancia como elemento constitutivo del fenómeno de la posesión regular de las minas. — 6.—Conforme al artículo 23 de la Ley 292 de 1875 el pago del impuesto de estaca debía hacerse antes de terminar el año común en que se hubiera verificado el acto de la posesión. Al titular que se presentara a pagar los veinte años de la redención antes de vencerse aquél en que recibiera la posesión no le era aplicable la sanción que establecía el artículo 45, consistente en no dejar realizar el fenómeno de asegurar permanentemente la propiedad de la mina, si acaso no hubiera pagado el impuesto establecido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

1.—Manuel S. Pérez M. denunció para sí el 23 de agosto de 1935 una mina de oro de veta, de antiguo descubrimiento y abandonada, cuyos últimos poseedores

manifiesta que fueron The Churiman Exploration Syndicate Limited, cuyo representante dice ser Charles Burnett, vecino de Remedios.

2.—Dicha mina está compuesta de tres pertenencias, ubicada en el paraje de Santa Isabel, jurisdicción del Municipio de Remedios, es conocida con el nombre de "Santa Isabel Oriental" y así continuará llamándose en lo sucesivo.

3.—Durante las diligencias administrativas conducentes se opuso la sociedad británica The Churiman Exploration Syndicate Limited, en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 357 del C. de M., fundándose en haber asegurado permanentemente la propiedad sobre ella y redimídola a perpetuidad, en virtud del pago del impuesto correspondiente a veinte años y estar la mina titulada.

Juicio ordinario.

Remitidas las diligencias al Juez del Circuito de Remedios, éste dispuso que el denunciante Pérez M. asumiera el carácter de actor y con tal carácter formuló el correspondiente libelo, en el que hizo dos peticiones principales y once subsidiarias, tendientes las primeras a obtener que se declarara que la Sociedad Churiman no es dueña de la mina "Santa Isabel Oriental"; y las otras, a que se decretara que los pretendidos titulares de la mina no pagaron los impuestos para la redención de la mina a perpetuidad, en la cuantía que señala el Código de Minas de 1867, y por esa circunstancia, debía ordenarse que continuaran las diligencias tendientes a darle curso al denuncio, debiéndose disponer igualmente la cancelación del título y de su inscripción a favor de The Churiman, en la oficina de registro de Remedios.

El Juzgado de primera instancia, en sentencia de 17 de mayo de 1937, desestimó las súplicas principales, por considerar que al resolver las peticiones presentadas como subsidiarias vendría a quedar incluída su solución. Acogió las subsidiarias, declarando que los titularios de la mina "Santa Isabel Oriental" no pagaron el impuesto del año de 1905, y no estaban por esa circunstancia a paz y salvo con el Tesoro Nacional cuando procedieron a redimirla a perpetuidad en ese año; como consecuencia ordenó oficiar al Registrador de I. P. para que cancelara la inscripción de la mina, y decretó también que el denunciante Pérez M. adquirió derechos sobre ella y a que continúen las diligencias para obtener la adjudicación.

La sentencia recurrida.

Contra ese fallo se alzó en apelación la sociedad demandada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín falló la segunda instancia en sentencia fechada el 5 de agosto de 1938, en la cual revoca la providencia apelada y en su lugar absuelve a la sociedad demandada de los cargos formulados en el libelo.

Como contra ese fallo sólo apeló la parte demandada, el Tribunal concretó su estudio "a la forma del pago del impuesto de estaca y a la validez del título de la mina Santa Isabel Oriental expedido a favor de The Churiman Exploration Syndicate Ltd., título atacado por el demandante de inválido, porque la mina no fue avisada por la expresada sociedad, a la cual el avisante C. C. A. Scott no cedió el derecho de avisante como ha debido cederlo; y porque el título de la mina en favor de la compañía inglesa no se registró legalmente, la inscripción es nula, ya que el Registrador no firmó el asiento en el libro respectivo; y porque, por último, la redención a perpetuidad del impuesto minero no se hizo en la cuantía ordenada por la ley ni se hizo debidamente, porque el recibo o los recibos son deficientes".

Consideró el Tribunal que la tacha de ser falso, por carecer de la firma del correspondiente administrador, el asiento hecho en el libro respectivo acerca del pago a perpetuidad de la mina, no está probada. Esa constancia figura en el libro que de acuerdo con el C. de M. se lleva para tal efecto. La ley "no exige que el administrador autentique una tras otra las constancias que se van sentando" en él. Los registros de 1905 y de 1906 se hallan en un solo tomo, al final del cual aparece la firma del entonces oficial de minas, y de autos no aparece dato alguno que haga sospechosa la veracidad de ese asiento.

Por lo que hace al impuesto de estaca a perpetuidad —continúa la sentencia— la ley primitiva—artículo 143 del C. de M.— lo fijaba a razón de dos pesos anuales por cada pertenencia; y la Ley 30 de 1903, "vigente cuando se dio la posesión de la mina Santa Isabel Oriental y se adjudicó el título sobre ella a la sociedad demandada, establecía en el artículo 1º, numeral 3º, que toda mina de oro, plata o platino, sea o no elaborada, pagará un impuesto anual de veinte pesos papel moneda para cada pertenencia". A la demandada le fue dada la posesión de la mina el 9 de marzo de 1905 y el título de adquisición se le expidió con fecha 15 de mayo del mismo año.

Como la mina tiene tres pertenencias, el pago que se hizo a razón de veinte pesos papel moneda por cada una es legal, pues esa era la cifra fijada en la Ley 30 citada. El pago a perpetuidad autorizábalo la Ley 292 de 1875. El impuesto lo cubrió la sociedad demandada el 9 de agosto de 1905, y como de conformidad con el artículo 23 de la Ley 292 de 1875 "el pago del impuesto de estaca debe hacerse por primera vez después de que se dé la posesión de la mina y antes de terminar el año común en que tal acto se haya verificado", texto éste vigente cuando el 9 de marzo de 1905 se dio la posesión de la mina, la sociedad pagó oportunamente el impuesto necesario para redimirla, desde luego que lo hizo antes de la terminación del año, plazo hábil dentro del cual no podía haber mora en cuanto al cumplimiento de esa obligación.

En concepto del Tribunal, la ley no exige para redimir a perpetuidad una mina que se paguen veintiún años, sino que los veinte años adelantados se cubran de una vez, siempre que se hayan satisfecho las anualidades anteriores.

Respecto a la inscripción del título sobre la mina Santa Isabel Oriental, existe la prueba de que se verificó en el libro número 1º, el 22 de junio de 1905, y de que tal inscripción está vigente, según el certificado expedido por el Registrador del Circuito de Sevilla.

El recurso de casación.

Contra la anterior sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el actor, quien concreta sus cargos así:

Primer cargo. — La sentencia violó los artículos 158, 165, 166 y 167 del C. de M., 52 del Decreto Ejecutivo 761 de 1887, "por apreciación errónea de las pruebas constituídas por los documentos que figuran a folios 46, cuaderno de pruebas de segunda instancia, y 7, cuaderno principal de segunda instancia.

Contra lo previsto en el artículo 165, que exige que tanto en el recibo como en el asiento aparezcan los requisitos de forma referentes a la indicación del dueño de la mina, ubicación, extensión, clase y singularización de ésta, el Tribunal admitió la validez de la copia del asiento dicho, sin tener en cuenta que el artículo 167 le confiere mérito de prueba sobre la base de que se hayan llenado aquellas condiciones; y éstas no se reúnen en el documento que obra en autos.

El Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación del mérito probatorio que tienen los asientos anotados en el libro de donde se tomó la copia que figura en el expediente. En efecto, los asientos pertenecientes a 1905, que carecían de toda autenticidad, fueron encuadernados con los de 1906, que sí estaban autenticados al final, con el objeto de dar fuerza legal a los primeros. "Aquí tenemos un humilde trabajo de encuadernador surtiendo efectos jurídicos sobre cuantiosos intereses". De ahí que carezca de fuerza legal la copia del asiento sobre el pago del impuesto por parte de la demandada para redimir la mina a perpetuidad.

Segundo cargo.—El Tribunal violó los artículos 889, 980, 2659 y 2673 del C. C. y 94, numeral 2, del C. de M., "por apreciación errónea de la prueba que constituye el documento de la foja 45 del cuaderno de pruebas de segunda instancia". El certificado expedido por el Registrador referente a la inscripción del título 746 de la mina Santa Isabel Oriental, no aparece complementado en la forma exigida por el artículo 789 del C. C. No se consigna allí el fenómeno jurídico en virtud del cual se efectuó la mutación de la propiedad de la mina a favor de la demandada. Incurrió, pues, el Tribunal en error de derecho al dar a ese certificado un mérito probatorio de que en realidad carece.

Tercer cargo. — La sentencia violó los artículos 291, 303, 309 del C. de M. y 45 de la Ley 292 de 1875.

Para el Tribunal, la sociedad redimió a perpetuidad su mina, pues pagó mil doscientos pesos papel moneda, es decir, doce pesos actuales. El Consejo de Estado ha sentenciado que para redimir una mina a perpetuidad no bastaba el pago hecho según la tarifa establecida por el artículo 1º de la Ley 30 de 1903, sino que era indispensable ajustarse a la primitivamente señalada en el C. de M., porque el texto que estableció el privilegio de la redención a perpetuidad dispuso que para gozarlo debían pagarse de una vez veinte años, a razón de dos pesos oro por cada pertenencia. En 1905 el papel moneda en relación con el oro tenía la equivalencia del diez mil por ciento; luego para redimir la mina a perpetuidad la sociedad ha debido pagar por las tres pertenencias doce mil pesos, a razón de seiscientos pesos papel moneda por cada año, o sean, ciento veinte pesos oro.

Los veinte años de impuestos anticipados que se pagaban para obtener el privilegio de la redención de la mina a perpetuidad no comprenden el año a que se refiere el artículo 23 de la Ley 292 de 1875,

según la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Tampoco acreditó la sociedad demandada la identidad entre la mina cuya titulación pretende el actor y la que defiende ella como de su propiedad. De los documentos aducidos no aparece esa identidad, porque unas veces la Churiman ha defendido sus derechos de dueña con el título 134 en unos litigios administrativos, y otras, como en el actual pleito, con el 746.

Cuarto cargo.—No está la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Al contestar la demanda, la sociedad demandada no se opuso en realidad a las pretensiones de ésta, sino que esa contestación reviste una forma peculiar que no puede tampoco ser considerada como demanda de reconvención. Por consiguiente, el juzgador, en vez de absolver a la sociedad de los cargos de la demanda ha debido condenarla en aquellas peticiones en que es válida la prueba de confesión. El Tribunal resolvió ultra petita, pues la demanda no pidió que se otorgara el derecho que aquél le concedió.

Estudio de los cargos.

Primer cargo. — Tiene este cargo por materia la impugnación —desde un punto de vista meramente formal— del pago del impuesto de estaca correspondiente a veinte años, hecho por la sociedad demandada como titularia de la mina en disputa; y sostiene el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente los dos documentos exhibidos para evidenciar ese pago, porque no reúnen los requisitos legales.

Sea lo primero recordar que la pretendida falta de fe del comprobante exhibido, o sea la constancia del pago del impuesto correspondiente a veinte años, dejado por el funcionario de hacienda competente en el libro respectivo del año de 1905, no puede ser considerada en casación, dentro de la técnica de este recurso, porque tal cuestión sobre validez de la constancia de pago fue rechazada por el fallador de primera instancia, y el actor Pérez no interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado; por esa circunstancia, ese punto no fue materia de debate en segunda instancia y el Tribunal se abstuvo de estudiarlo y revisarlo a fondo, en la providencia ahora acusada, estimando con fundamento que tal cuestión controvertida en el Juzgado había ya hecho tránsito a la cosa juzgada.

Pero es que aun aceptándose como viable ese cargo, tampoco prosperaría en casación, dado que la entidad demandada, para demostrar el pago de los impuestos y sostener que se realizó el fenómeno de la redención a perpetuidad, no ha presentado el recibo original del pago, otorgado por el funcionario respectivo, sino una copia auténtica de la constancia de ese pago, extendida en el libro que para ese efecto llevaba la oficina de Hacienda de Medellín el año de 1905; y esa constancia reúne todos los requisitos que para su validez señala expresamente el artículo 167 del C. de M., debiendo reconocérsele pleno valor probatorio, como lo hizo el Juzgado, al tenor del artículo 168.

No existe precepto legal que exija que al pie de cada constancia en particular ponga su firma el funcionario recaudador, y este es el argumento matriz en que basamenta su cargo el recurrente. En la certificación expedida por la administración de hacienda mencionada se deja establecido que los dos libros de constancias de pagos, correspondientes a 1905 y 1906, se empastaron juntos y al final de tal encuadernación existe la firma original y auténtica del funcionario de hacienda recaudador. A falta de una exigencia especial de la ley, esa diligencia es suficiente para garantizar la autenticidad de todas las constancias de pago sentadas en ese libro. Fuera de lo dicho, en caso semejante acaba de decir la Corte lo siguiente: "El Tribunal sostiene que está demostrado el pago de los impuestos con las constancias que al respecto aparecen en el libro que se lleva en la Administración de Hacienda de Antioquia. Esta conclusión del Tribunal es legal, porque conforme al artículo 168 del C. de M. las certificaciones de los empleados de Hacienda, con referencia al libro de que trata el artículo 167, hacen también plena prueba del pago del impuesto referido y no hay disposición que obligue a firmar cada una de esas constancias, al empleado respectivo. La Corte ha sostenido que tratándose de pagos que se hacen en una oficina pública de recaudación, la prueba principal es el recibo firmado por el funcionario o empleado respectivo, pero eso no quiere decir que no tenga ninguna eficacia para demostrar ese pago la constancia de que habla el art. 168". (G. J. T. XLIX, pág. 294).

Por infundado e inoperante se rechaza este cargo.

Segundo cargo. — Lo hace consistir el recurrente en que del certificado expedido por el Registrador, referente a la inscripción del título 746 de la mina disputada, no aparece complementado en la forma que determina el artículo 789 del C. C. y a que se refiere el 635 del C. J.

La Corte considera:

El título de adjudicación de la riqueza minera reviste por su propia índole y por la naturaleza peculiar de este sector de la economía nacional características propias y típicas, muy distintas de las señaladas a los otros títulos destinados a radicar el dominio privado de otra clase de bienes y a que alude el C. C. El título minero tiene por objeto radicar en cabeza del titular o de sus causahabientes el privilegio de la explotación del mineral, siempre que haya adquirido y conservado la posesión regular de la veta, dentro de las normas legales. De allí que los títulos mineros expedidos por el poder administrativo dentro de esas normas conservan su completa validez y únicamente son nulos y producen la reversión de la mina al patrimonio nacional cuando ocurre alguna de las circunstancias taxativamente señaladas en el artículo 94 del estatuto minero. Fuera de tales circunstancias, el título conserva su validez y el titular la posesión regular, mientras satisfaga puntualmente el impuesto anual de estaca. Innecesario es para este caso recordar el motivo de abandono por falta de explotación, establecido por el Decreto número 223 de 1932 y la Ley 13 de 1937.

Como quiera que el título exhibido por la sociedad demandada aparece registrado en la oficina correspondiente, tal requisito es suficiente para otorgarle plena fuerza probatoria, ya que no es necesario para esta clase de títulos que el certificado sobre la vigencia de la inscripción, expedido por el Registrador, tenga los datos complementarios a que alude el artículo 635 del C. J. Esas certificaciones relativas a la demostración de la suficiencia de un título, que vienen exigidas en el artículo 635, son únicamente de rigor como medio probatorio para complementar la prueba de la tradición inscrita en el dominio privado de otros bienes regulados por el C. C., pero no pueden tener aplicación para títulos mineros, cuya inscripción en el libro correspondiente de la Oficina de Registro es factor suficiente para evidenciar su existencia y para conservar su plena validez, siempre que se haya conservado la posesión regular de la mina mediante el lleno de las condiciones aludidas.

Por lo demás, el actor Pérez al presentar el denuncio de la mina Santa Isabel Oriental aceptó a la Churiman como antigua poseedora y manifestó que la veta avisada era de antiguo descubrimiento y abandonada por tal entidad. Con lo cual aceptó la existencia y validez del título en sí, sosteniendo únicamente que no había sido redimida a perpetuidad y que estaba abandonada, por falta de pago de la totalidad de los impuestos.

No son pertinentes al caso de autos los preceptos legales que se consideran violados, y no incide el cargo en casación.

Tercer cargo.—Es ésta la acusación básica presentada contra la sentencia y la hace consistir el recurrente en dos cuestiones fundamentales: 1ª Que no se pagó la cuantía legal del impuesto de estaca correspondiente a veinte años, para alcanzar el privilegio de la redención a perpetuidad; 2ª Que hubo defecto en el modo del pago, porque sólo se cubrieron veinte años y debían ser pagados veintiuno, para alcanzar el mencionado privilegio. Pasan a estudiarse por separado.

Cuantía del pago.—Posesión regular de una mina es la que tiene el dueño de una mina titulada que paga puntualmente el impuesto establecido en el Capítulo II del C. de M. Tal posesión se adquiere por la expedición del título y se conserva por el pago del impuesto, en forma tal que esa posesión regular se pierde por el hecho de dejarse de pagar puntualmente el impuesto respectivo. (Artículos 291, 303 y 309 del C. de M.)

El Código de Minas, que viene a ser el antiguo antioqueño de 1867, estableció un impuesto anual sobre las minas de propiedad particular proporcionado a la extensión de éstas, señalándolo en dos pesos anuales por cada pertenencia (artículos 142 y 143). Más tarde una ley originaria del antiguo Estado Soberano de Antioquia, la Ley 292 de 1875, vino a crear en nuestro derecho minero un privilegio excepcional consagrado en el artículo 45 y consistente en que los dueños de minas tituladas "podían quedar libres del impuesto en lo sucesivo si pagaban de una vez lo que debieran pagar en veinte años según el Código de 21 de octubre de 1867".

Al constituirse la Nación bajo la forma unitaria y central, en virtud de la Carta de 1886, la Ley 38 de 1887 adoptó para toda la República el Código de Minas de

Antioquia y las leyes que lo adicionaban y reformaban. Unificada la legislación minera, se dictó por el legislador nacional la Ley 30 de 1903 que vino a establecer nuevos aranceles para la titulación y posesión de minas susceptibles de explotación privada. El artículo 1º de esa ley dispuso que "toda mina de oro, plata o platino, sea o no elaborada, pagará un impuesto anual de veinte pesos en papel moneda por cada pertenencia".

El artículo 8º de la misma Ley 30 declaró reformados los artículos 142 a 145 del C. de M., que eran justamente aquellos que establecían el anterior impuesto anual de estaca y su cuantía, de manera que la antigua tasa de tal impuesto, fijada por el Código antioqueño de 21 de octubre de 1867, quedó en todas sus partes sustituída o abrogada por el nuevo texto legal de la Ley 30 (artículo 1º); y este último estatuto vino a incorporarse y a ser parte integrante del nuevo Código minero colombiano.

De conformidad con el arancel señalado por el artículo 1º de la Ley 30 de 1903 debía pagarse por la mina Santa Isabel Oriental la cantidad de sesenta pesos papel moneda ($ 60.00) cada año, por tratarse de una mina de tres pertenencias. De la copia y del certificado de la constancia de dicho pago, realizado por la entidad demandada en 1905, aparece que se pagaron mil doscientos pesos ($ 1,200.00) como impuesto correspondiente a "veinte años o sea a perpetuidad (sic)". En esa misma certificación el Administrador de Hacienda de Medellín deja constancia de que "no se especifica la clase de moneda en que se hizo el pago, pero al final del libro en que se halló esa constancia de pago, al sumar los totales del impuesto anual de minas por el año de 1905, se dice: 'hasta aquí en papel moneda', por lo que puede deducirse que el pago anterior sí fue hecho en papel moneda".

De los elementos documentales anteriores concluye la Corte que el impuesto nacional de estaca fue pagado en la cuantía o tasa señalada por la Ley 30 de 1903 para producir a favor de la sociedad titularia de dicha mina el fenómeno de la redención a perpetuidad de la veta de oro denominada Santa Isabel Oriental. No es aceptable la tesis del actor y recurrente consistente en sostener que tal impuesto debió pagarse de acuerdo con la antigua tarifa señalada por el artículo 143 del Código de Minas, porque ya viene dicho que esa tarifa fue reformada de manera expresa por el artículo 8º de la Ley 30, que vino precisamente a establecer nuevos impuestos para la conservación de la posesión regular de minas de oro, plata y platino. Bien es verdad que el artículo 45 de la Ley 292 de 1875 señaló como cuantía del impuesto que debía pagarse para producir el privilegio de la redención a perpetuidad el determinado en el C. de M. de 21 de octubre de 1867; pero conviene hacer presente que tal fijación era la lógica y tal referencia la pertinente, porque esa tasa era la que estaba vigente cuando se dictó la Ley 292 de 1875, que consagró la redención perpetua. Pero es indudable que una vez promulgada la Ley 30, con sus nuevas tarifas sobre impuesto de estaca, tal estatuto vino a incorporarse a nuestra legislación minera, a constituír la norma legal sobre la materia impositiva, aplicable desde su vigencia a todos los casos en que debía apreciarse esa circunstancia como elemento constitutivo del fenómeno de la posesión regular de las minas. No se alcanza a ver en qué forma podría sostenerse que tal precepto de la Ley 30 debe aplicarse para liquidar los impuestos mineros susceptibles de recaudación durante su vigencia, pero que no deberá tenerse en cuenta para liquidar el impuesto de estaca correspondiente a los veinte años, cuyo pago es necesario para la redención a perpetuidad. Reglas elementales de interpretación jurídica aconsejan estimar que la referencia que en el artículo 45 de la Ley 292 de 1875 se hizo al Código de 21 de octubre de 1867, debe considerarse a posteriori como hecha a la Ley 30, que por su índole y naturaleza vino a ser parte integrante de tal obra y a abrogar algunas de sus disposiciones.

Modo del pago.—Sostiene el recurrente que el impuesto de estaca sobre las minas de oro debe pagarse en la cuantía correspondiente a veintiún años, si se quiere producir el fenómeno de la redención a perpetuidad. Rechazó esa tesis el Tribunal en su sentencia y acogió la de que tal privilegio se obtenía mediante el pago de tal impuesto en la proporción señalada a veinte años. Para decidir tan importante cuestión la Corte considera:

El artículo 23 de la Ley 292 de 1875—estatuto que para esta acusación sí considera aplicable el recurrente—establecía que "el pago debía hacerse por primera vez después que se diera la posesión y antes de terminar el año común en que tal acto se hubiera verificado, sin que en este caso

haya lugar a rebajar el impuesto por razón de no haber transcurrido un año cabal desde el acto de la posesión".

De manera que la sociedad titularia debía hacer el pago del impuesto de estaca, por primera vez, antes de terminar el año común en que se hubiera verificado el acto de la posesión; y por esa circunstancia estaba dentro de término legal hábil para hacer ese primer pago hasta el 31 de diciembre del año de la posesión, sin que hasta ese día pudiera decirse que estaba en mora de pagar el impuesto establecido.

Resulta de autos que The Churiman Exploration Syndicate, Ltd., obtuvo el título de adjudicación de la mina Santa Isabel Oriental el 15 de mayo de 1905; la posesión de esa veta el 9 de marzo de dicho año e hizo el pago del impuesto correspondiente a veinte años el 9 de agosto del mismo año.

Del estudio de tales antecedentes se desprende con toda claridad lo siguiente: a) que el pago se hizo con estricto cumplimiento del artículo 23 de la Ley 292 de 1875, es decir, antes de terminarse el año común en que se diera la posesión; b) que se pagó antes de vencerse tal año de 1905 el impuesto correspondiente a veinte años, de una sola vez, para obtener la redención a perpetuidad conforme al artículo 45 de esa misma ley; y c) que cuando se hizo el pago el 9 de agosto de 1905 todavía no había vencido la primera anualidad del impuesto; y por lo tanto, se cumplía a cabalidad el requisito establecido por el mencionado artículo 45, que otorgaba el beneficio de la redención a favor de "los dueños de minas tituladas, que hayan pagado el impuesto establecido".

Antes del 31 de diciembre de 1905 no estaba en mora de pagar el impuesto de estaca establecido, de donde concluye la Corte que al titular que se presentara a pagar los veinte años de la redención antes de vencerse aquel en que recibiera la posesión, no le era aplicable la sanción que establecía el artículo 45, consistente en no dejar realizar el fenómeno de asegurar permanentemente la propiedad de la mina, si acaso no hubiera pagado el impuesto establecido. En el evento que se estudia y que es el contemplado en los autos el titular de la mina no debía impuesto alguno atrasado cuando fue a pagar el impuesto acumulado necesario para la redención, y en esas favorables circunstancias sólo debía pagar las veinte anualidades, de una sola vez, que determina el artículo 45 tantas veces mencionado.

Esta doctrina, acogida por el Tribunal en su sentencia, también mereció ser prohijada por el Consejo de Estado, cuando en su fallo de 21 de octubre de 1936 dijo: "Hizo bien el Ministerio al reconsiderar su primera tesis, o sea la de que el monto de la cantidad que debe sufragarse para que sea válida la redención del impuesto de estaca es la equivalente a veintiuna anualidades, en lugar de veinte. Puesto que el requisito allí establecido no era otro que el que no se debiera impuesto alguno retrasado, que el deudor de la mina no fuera deudor moroso del mismo día inicial del año que causaba el impuesto".

Y esa tesis, que viene siendo propugnada en este fallo fue adoptada por la Corte para caso semejante en sentencia de casación de 27 de abril de este año. (G. J., XLIX, página 293). De esa providencia son estos párrafos que vienen también a tener operancia para la decisión del punto que aquí se dilucida: "Los particulares se atienen a las normas que dictan las autoridades; si éstas yerran al dictarlas, los particulares no son responsables de ese error y sería injusto y aberrante que sobre ellos recayeran las sanciones de un error en el cual no han tenido ninguna intervención. El error, pues, de una autoridad, que se impone muchas veces como norma a los contribuyentes, porque tienen que someterse a esto, no puede perjudicarlos ni mucho menos trascender a desconocerles situaciones jurídicas, como sería el caso en que habiendo pagado en virtud de una disposición o resolución de autoridad competente el impuesto correspondiente a una mina, se concluyera más tarde que no había habido tal pago o que era ineficaz para amparar la mina, por lo ilegal o erróneo de la resolución o la orden".

En este mismo cargo sostiene el recurrente que no aparece acreditada la identidad entre la mina que ha sido materia del denuncio del actor Pérez y la que reclama como de su propiedad la sociedad demandada.

Se considera:

A The Churiman Exploration Syndicate Ltd. le fue expedido por la Gobernación de Antioquia el título de adjudicación de una mina llamada Santa Isabel Oriental, bajo el número 746, de 15 de mayo de 1905. Tanto en el despacho como en el cartel librados por la Gobernación con ocasión del denuncio puesto por el actor se dice que la mina avisada tiene ese mismo nombre, que es de antiguo descubrimiento y abandonada y que su último po-

secdor fue la entidad antes mencionada; en el exhorto librado al Inspector de Policía de Santa Isabel están determinadas las mismas bases de mensura de Santa Isabel Oriental; el actor Pérez en su libelo de demanda alude a las constancias precisas de ese título, y ha venido impugnándolo en la primera instancia, por estimar que carecía de validez a causa de algunas omisiones en cuanto a su inscripción en la oficina de registro respectiva. Ese título fue el que exhibió la entidad opositora ante la Gobernación durante la oposición administrativa y el que se trajo a este proceso para que pudiera ser estimado en su integridad y validez. Con vista de todas esas constancias, que existen en documentos auténticos del juicio, no es posible sostener en casación que se trata de títulos diversos y de minas distintas, tan sólo porque la Gobernación, en su Resolución número 33 alude por error a que tal mina fue adjudicada mediante el título número 134.

De todo lo dicho concluye la Corte que no aparecen violados los artículos 291, 303 y 309 del C. de M. y el 45 de la Ley 292 de 1875. No inciden los cargos formulados en este capítulo y es de rigor desestimarlos por infundados e inoperantes.

Cuarto cargo.—Lo hace consistir el recurrente en falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado, y lo funda en que la sociedad demandada no se opuso en realidad a las pretensiones del actor, sino que su respuesta reviste una forma peculiar.

Se considera:

Tanto en el memorial en que interpuso la oposición administrativa a la adjudicación de la mina, como en el de respuesta a la demanda ordinaria, presentó la parte opositora una serie escalonada de hechos que contienen cada uno de ellos declaraciones precisas en que se contradicen los hechos de la demanda y las peticiones en ella contenidas. Esa respuesta tuvo que ser interpretada por los juzgadores de instancia como una contradicción clara y manifiesta de las súplicas y de sus fundamentos y como base suficiente para establecer entre las partes el lazo de instancia; y fue precisamente alrededor de esas cuestiones controvertidas de modo definido en el proceso como se ha seguido la secuela. No era necesario, como lo pretende el recurrente, que la parte demandada expresara su desacuerdo a las pretensiones del actor en forma ritual, sino que manifestara su voluntad de contradecirlas y comparecer en juicio para evidenciar opuestas aspiraciones, no compatibles con las del libelo. Carece de fundamento, por ese motivo, la tacha que se estudia y debe desecharse.

Fallo:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el cinco de agosto de mil novecientos treinta y ocho, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE SIMULACION. — PERSONERIA SUSTANTIVA—INTERPRETACION DE LA DEMANDA. CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA CONFORME A LA LEY 28 DE 1932. INTERES JURIDICO.

1.—Bien es sabido que el hecho de que un contrato sea simulado no induce a establecer que es nulo; en otras palabras: la simulación en determinada relación jurídica no puede alegarse como causa de nulidad de esa misma relación, porque una y otra figura tienen sus características esenciales, y al establecerse alguna, en determinado caso, vienen consecuencias absolutamente diferentes, como ha quedado explicado en numerosas providencias proferidas por la Corte.—2. Las dos clases de personería, la sustantiva y la adjetiva, tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo del derecho procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo, y la segunda mira a una cuestión rituaria como es la representación en juicio; la personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe, por tanto, ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esas circunstancias da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento. — 3.—El error en la denominación de la acción o de la defensa no cambia su verdadera naturaleza jurídica, ya que una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, en atención a que la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. — 4.—El fenómeno de la simulación consiste, globalmente anunciado, en celebrar abiertamente un acto o contrato y en convenir al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraestipulación privada que ha de permanecer oculta entre las partes, en alterar, en todo o en parte, lo pactado en el acto público. Esta figura de la ley reviste muchas formas o especies. No todo sujeto de derecho puede ejercitar la acción de simulación; necesita que se evidencie o se perfile en él claramente un interés jurídico actual, no de espectativa, y que ese mismo interés aparezca protegido por la ley por resultar lesionado por el acto simulado y ejecutado sólo a merced de colusión o colusiones con extraños. — 5.—La mujer casada no puede en todos los casos y arbitrariamente pedir que se decrete o declare que los actos contractuales ejecutados por el marido en relación con la sociedad conyugal adolecen de nulidad; cuando una persona en estas condiciones pretenda demandar tal situación jurídica, ha de demostrar, a más de su estado civil, su personería o interés jurídico actual que le acompañe, sencillamente porque, se repite, el ejercicio del derecho para tal realización no puede ser eventual, sino todo lo contrario, precisamente actual, tal como se exige para terceros extraños al contrato. La Ley 28 de 1932 le dio a la mujer casada plena capacidad civil para contratar y obligarse; y a consecuencia de esta capacidad quedó para el porvenir investida de personería legal y suficiente para ejercitar acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social existente en 1º de enero de 1933, día de la vigencia de la ley, de los bienes sociales de que el marido dispuso después de esa fecha mediante contratos con terceros y que la mujer quisiera impugnar mediante acción legal, por razón de vicios creados de manera ilegítima y que generen invalidez o inexistencia. — 6.—En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser no cualquiera consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir, lo mis-

mo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio, al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse en atención a un tiempo futuro.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

El 25 de agosto del año de 1922, contrajeron matrimonio católico en la parroquia de San Francisco de Asís de Sincelejo, Francisco Alvarez y Petrona Ramos, quedando constituída desde esa fecha la sociedad conyugal Alvarez-Ramos, todo al tenor de las disposiciones civiles entonces vigentes. Alvarez a la fecha del matrimonio, era dueño de una finca raíz situada en el globo de terreno denominado San José de Macayepo en jurisdicción del Circuito de Tolúviejo en el Departamento de Bolívar, finca que por medio de la escritura número 99 de la Notaría de Sincelejo de 1º de mayo de 1928 transmitió al señor Juvenal Ramos por la suma de $ 8,000.00 mda/cte., precio que recibió, $ 4,000.00 en dinero efectivo, y el resto, o sea la cantidad de $ 4,000.00, en una finca sembrada de yerba, con su respectivo terreno, constante de veinte fanegadas, poco más o menos, ubicada en el globo de tierra denominado también Macayepo, en jurisdicción de Tolúviejo y que está alindada así: Por el Norte y Este, con finca del señor Diógenes Jarava; por el Oeste, con terrenos del señor Aníbal Gómez Cásseres; y por el Sur, con finca del señor Ossuna y el caserío de Bobo, entrando en dicha finca todos sus accesorios como son: cercas, casas, aguadas, corrales, etc."

Posteriormente y por instrumento número 111 de fecha 6 de octubre de 1930 la Notaría de Corozal del Distrito Judicial de Bolívar, en el Departamento del mismo nombre, el citado Alvarez transfirió en venta con pacto de retroventa este último inmueble, con todos sus accesorios, al señor Julio Enrique Vergara H. por el precio de $ 1,500.00 que recibió de contado, y se convino, "en que el término de este contrato de retroventa es el de un año, que vence el 6 de octubre del año de 1931 dentro de cuyo término Vergara H. retrovenderá la finca a Alvarez, si éste le devuelve a aquél la suma de $ 1,500.00 oro legal"; pasó el tiempo, y Alvarez no hizo uso de esta condición resolutoria potestativa para él, que lo facultaba para retrocomprar. Así, en esas condiciones, la venta se consolidó con todos sus efectos en favor del comprador señor Vergara.

El litigio.

Dados estos antecedentes, la esposa de Alvarez, Petrona Ramos de Alvarez, en memorial al Juzgado del Circuito de Sincelejo, demandó a Julio Enrique Vergara H. para que con su citación y audiencia, en juicio ordinario, y en sentencia definitiva "se declare nulo el contrato de compraventa que dejo expuesto, o sea el contenido en la escritura pública número ciento once, de fecha seis de octubre del año de mil novecientos treinta, otorgada en la Notaría del Circuito de Corozal, por carecer de causa real o sea por ser simulado, pues, ni Alvarez P. tuvo la intención de transmitir el dominio de ella al señor Julio Vergara H., ni éste tuvo tampoco la intención de tomarlo, y como se trata de una nulidad absoluta, que se declare que está obligado el demandado, a restituir a la sociedad conyugal el bien de que se trata, con sus frutos civiles y naturales". La demanda viene fundada en una larga serie de hechos, y en derecho, en los artículos 1502, 1524, 1740, 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936. El demandado se opuso a la acción, y excepcionó negando a la demandante el derecho para ejercitar la acción de la demanda.

El señor Juez del conocimiento desató la litis en sentencia fechada el 11 de marzo del año de 1938; declaró no probada la excepción perentoria de "falta de derecho para pedir" opuesta por el demandado y negó las demás peticiones del libelo, sin hacer condena en costas. Notificado el proveído, la parte actora se alzó para ante el Tribunal Superior de Cartagena, entidad que con fecha veintiseis de julio del año próximo pasado, profirió: "Refórmase la sentencia apelada así: no procede la acción de simulación intentada. En todo lo demás confírmase. No hay costas". Los apoderados de las partes interpusieron contra esta sentencia del Tribunal demanda de casación, que admitida y tramitada luégo legalmente, procede resolver, ya que nada impide el pronunciamiento.

Sentencia acusada.

En los puntos en que la sentencia del Tribunal es materia del recurso, viene fundada en estas consideraciones que se extractan: Habla el escrito inicial de este proceso —dice el Tribunal— de una ac-

ción de nulidad por simulación, y no de una simple acción de simulación; pero como en los hechos fundamentales, se precisa que el acto cuya nulidad se pide es simulado o ficticio, aunque en la parte petitoria se haya solicitado la nulidad del contrato contenido en la escritura número 111, por estimarse simulado, interpretando el sentido y finalidad de la acción, hay que entender que los autos ventilan no una acción de nulidad sino una de simulación, figura jurídica ésta que supone la existencia de dos actos coexistentes, total o parcialmente contradictorios, ostensible el uno, disimulado o secreto el otro; y agrega el Tribunal, aunque estime la parte demandante que el acto oculto fue un simple contrato de mutuo disfrazado con la apariencia de una venta con pacto de retroventa y que este contrato de mutuo es el único al que debe dársele realidad jurídica, debe considerarse que la verdadera intención de las partes fue celebrar un contrato de mutuo garantizado con el de venta con pacto de retroventa, convención lícita, por no ser contraria al orden público, a las buenas costumbres o a la ley, y porque esta convención así celebrada, en vez de destruír el acto que se quiere mostrar como aparente, le da mayor valor legal. Concluye, declarando, que no hay simulación, "toda vez que no puede haberla cuando en dos convenciones distintas en su naturaleza jurídica, la intención de las partes contratantes se ha manifestado a cabalidad, aun cuando a simple vista una de ellas pueda reemplazar, destruír o modificar la otra, y porque para que exista aquel vicio contractual, precisa que las voluntades hayan disimulado un acuerdo, dándole valor secreto a otro distinto". Al resolver el Tribunal sobre la excepción perentoria propuesta por el demandado, "falta de derecho para pedir", y que se hizo consistir en que la demandante carece de interés jurídico actual, del que resulte la personería sustantiva para el ejercicio de la acción propuesta, atemperó la Sala falladora su decisión a este concepto: "lo que patentiza el interés de la señora Petrona de Alvarez es el hecho de ser miembro de una sociedad conyugal formalizada legalmente por el matrimonio que celebró con Alvarez, comprobado suficientemente en autos. Poco importa que el bien materia del contrato sea de la propiedad exclusiva de su esposo y que no pertenezca a la sociedad, porque basta que ella tenga derecho a los futuros gananciales de ese bien para que resalte, con todo derecho, su interés en que ese bien no salga del patrimonio de su socio".

Por diversos motivos las partes no aceptaron en su totalidad las conclusiones que trae el fallo que ha venido por recurso extraordinario al estudio de la Corte. Convienen en cuanto declara que la acción de autos es de simulación, la que en concepto de la demandante se halla probada; la parte demandada propugna por el extremo opuesto y acepta la decisión del fallo, pero considerando que la sentencia debe ser absolutoria no sólo por las consideraciones que trae el proveído, sino por hallarse plenamente comprobadada la excepción perentoria propuesta, en razón de no residir en la señora demandante el interés jurídico actual necesario para el ejercicio de la acción. En defensa de sus respectivas pretensiones ambas partes han recurrido en casación ante la Corte.

Demanda de casación.

La demandante recurrente acusa la sentencia, por estimarla violatoria de ley sustantiva, por interpretación errónea, y por aplicación indebida al caso del pleito; y por haber incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho en la apreciación de varios elementos probatorios. Por el primer motivo, señala como disposiciones violadas los artículos 1499, 66, 1849, 2221, 1602, 1502 y 1524 del C. C.; las pruebas que estima han sido interpretadas con error, son las declaraciones de los señores Roberto Castillo y Oscar Pinilla; por este aspecto se señalan como disposiciones quebrantadas por el Tribunal fallador las consignadas en los artículos 593, 668 y 472 del C. J.

Sólo para precisión y mejor comprensión del problema, se hace a continuación un comprimido de los cargos que hace el recurrente demandante al fallo del Tribunal, toda vez que la sentencia no ha de casarse en razón de los motivos que adelante se verán. En efecto, luégo de reproducir en su demanda los arts. 1501, 1849, 2221 y 1949, todos del Código Civil, disposiciones éstas que traen la definición de contrato de mutuo, del de compraventa, y que enseñan cuáles son las cosas de la esencia, de la naturaleza, las puramente accidentales de las relaciones contractuales, y que dan las reglas para conocer cuando un contrato debe entenderse como principal, concluye que se han infringido todas estas disposiciones por el Tribunal,

porque el fallo resuelve que el contrato de compraventa con pacto de retroventa existe junto con el de mutuo y como garantía de éste, y argumenta: "los $ 1,500.00 que Vergara dio a Alvarez lo fueron como precio de una compraventa, o lo fueron en calidad de mutuo, pero no puede concebirse que lo hayan sido a ambos títulos simultáneamente, porque la compraventa y el mutuo son dos contratos esencialmente distintos. En el primer caso, no existe el mutuo porque le faltan sus elementos esenciales; en el segundo no existe la compraventa por la misma razón".

Para el segundo cargo, interpretación errónea de la prueba testimonial, afirma que fue mal apreciada en derecho, porque si el Tribunal tomó en cuenta para imponer su decisión apreciaciones de derecho que estimó hicieron los testigos citados y no solamente los hechos sobre los cuales depusieron, quebrantó los artículos 593, 668 y 472 del Código Judicial; esta afirmación la deduce del siguiente aparte de la sentencia: "los testigos invocan el contrato de venta como una garantía, luego su pensamiento o idea no fue la de manifestar que no existió en las mentes de Vergara y Alvarez....." Se acusa también el fallo, porque el sentenciador no sólo incurrió en error de derecho —el indicado— sino también en error de hecho, porque las declaraciones en cita contienen apreciaciones jurídicas sobre la naturaleza del contrato, sino que limitan a exponer hechos que les constan a los deponentes y que fueron presenciados por ellos. Por este aspecto señala como violados los artículos.

Luégo de distintas consideraciones en abundamiento de su tesis, termina el demandante recurrente solicitando se case la sentencia del Tribunal y se revoque la de primera instancia para en su lugar se hagan las declaraciones pedidas en la demanda, petición, esta última, desde luego contradictoria con los mismos considerandos del recurrente, porque en la demanda se solicita se declare la nulidad del contrato, y todo el alegato de casación se inclina a la creencia y afirmación de que lo que se ha demandado es el decreto de simulación de la convención criticada en estos autos. Bien se sabe que el hecho de que un contrato sea simulado, no induce a establecer que es nulo, en otras palabras, la simulación en determinada relación jurídica, no puede alegarse como causa de nulidad de esa misma relación, porque una y otro figura, tienen sus características esenciales, y al establecerse alguna, en determinado caso, vienen consecuencias absolutamente diferentes, como ha quedado explicado en numerosas providencias proferidas por esta misma Corte.

Recurso del demandado

Y el demandado acusa la sentencia, alegando la causal primera del artículo 520 del C. J., y señala como disposiciones violadas los artículos 1113, 1774, 1781 en su numeral 5º, 1783 en su numeral 1º, 1805, 1806, 1808, 1820, todos del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito; y los artículos 1º, 7º y 8º de la Ley 28 de 1932, por haberlos interpretado erróneamente, a términos de que por tal conducta, agrega, dejó de declararse probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora, propuesta por el demandante al dar contestación a la demanda. Acusa también la sentencia, por haber incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas por el demandado, pruebas consistentes en varias escrituras públicas que, afirma, la entidad falladora analizó para desechar, con violación de los dictados de la Ley 28, a los cuales se les dio efecto retroactivo, en contravención a principios elementales de derecho.

Estudio de los cargos

Dada la naturaleza de este asunto, y los diferentes conceptos de los recurrentes, para claridad y orden, procedería el estudio conjunto de los cargos; pero como el motivo que fundamenta la primera acusación del demandado recurrente, se hace consistir en que la demandante no tiene interés jurídico que la proteja para el ejercicio de la acción, procede en primer lugar el estudio de este cargo, porque de ser así, resulta por lo menos inoperante o baldío el análisis del recurso en toda su extensión y consecuencias doctrinales.

Las dos clases de personería — la sustantiva y la adjetiva—, tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo del derecho procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo, y la segunda mira a una cuestión rituaria como es la representación en juicio; la personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe por tanto ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esas circunstancias, da

lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento. Como a los jueces de las dos instancias se les planteó el problema de la personería sustantiva y tuvieron ocasión de pronunciarse sobre ella, procede en casación el estudio de ese tópico, porque, no es que se haga uso de un medio nuevo para fundamentar la acusación de la sentencia.

El autor de esta demanda, habla de nulidad del contrato por causa de simulación, no informado en la nueva jurisprudencia de la Corte sobre el particular, y tal vez, por eso, siguiendo la antigua doctrina que consideraba que toda simulación es causa de nulidad, pide, con ese fundamento, se haga esta precisa declaración. Pero en este caso, como ha acontecido en semejantes, la Corte considera, en acuerdo con el Tribunal, aceptando también el criterio de las partes en el recurso, y vistos los hechos fundamentales del libelo, que la demandante ha ejercitado la acción de simulación, aunque inicialmente la llamara de nulidad; y con esta oportunidad, reafirma su concepto, de que el error en la denominación de la acción o de la defensa no cambia su verdadera naturaleza jurídica, ya que una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, en atención a que la intención del actor 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 procesal, ha repetido esta Corte, "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, diciembre 5 de 1936, G. J., números 1918-19, pág. 44).

El fenómeno de la simulación consiste, globalmente enunciado, lo ha dicho en infinidad de fallos de esta Sala, en celebrar abiertamente un acto o contrato, y en convenir al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraestipulación privada que ha de permanecer oculta entre las partes, en alterar, en todo o en parte, lo pactado en el acto público. Y esta figura de la ley reviste muchas formas o especies, mas para el caso, basta decir, se denuncia una simulación creada con el fin de obtener fines jurídicos por medios equivalentes pero distintos de los normales, o sea distintos de aquellos que ordinariamente sirven para realizar el fin que uno se propone alcanzar. Se alega se dio un dinero en mutuo con interés, y que en vez de hacer constar el acto en la forma de un mutuo con hipoteca, se disfrazó el mismo fenómeno bajo la forma de una venta con pacto de retroventa.

Sea de ello lo que fuere, y como el cargo que se hace a la sentencia consiste, repitiendo, en que se niega a la demandante el derecho para el ejercicio de la acción, se considera: No todo sujeto de derecho puede ejercitar la acción de simulación, necesita que se evidencie o se perfile en él claramente un interés jurídico actual, no de espectativa, y que ese mismo interés aparezca protegido por la ley, por resultar lesionado por el acto simulado y ejecutado sólo a merced de colusión o colusiones con extraños. Pero la mujer casada no puede en todos los casos y arbitrariamente pedir que se decrete o declare que los actos contractuales ejecutados por el marido en relación con la sociedad conyugal adolecen de semejante vicio; cuando persona en estas condiciones pretenda demandar tal situación jurídica, ha de demostrar, a más de su estado civil, su personería o interés jurídico actual que le acompañe, sencillamente, porque se repite, el ejercicio del derecho para tal realización no puede ser eventual, sino todo lo contrario, precisamente actual, tal como se exige para terceros extraños al contrato.

Aplicando estos conceptos al caso de autos, y precisándolos al recurso de casación, se tiene lo siguiente: Petrona Ramos contrajo matrimonio con Francisco Alvarez en el año de 1922, y para esa fecha su marido ya era dueño de la finca, que luégo, en el año de 1928, dio en venta a Juvenal Ramos, a virtud del contrato que dio causa a que llegara al haber de la sociedad conyugal la finca a que se refieren las peticiones de este pleito, y que Alvarez cedió luégo al demandado Vergara en venta con pacto de retroventa, contrato que hubo de consolidarse en razón de que el vendedor no hizo uso de la facultad potestativa de recobrar lo vendido mediante el reembolso del precio convenido.

Antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 — como ahora — por el solo hecho del matrimonio, se constituía entre marido y mujer una comunidad consistente en la formación de una sociedad conyugal, a cuyo haber ingresaba únicamente

la clase de bienes enumerados en el artículo 1781 del C. C., porque los demás, no hacían parte de ese haber social. Se denominaban bienes propios, y eran del cónyuge a que pertenecían; pero la administración de la sociedad conyugal corría exclusivamente a cargo del marido, y era ante terceros dueño de los bienes sociales, como si éstos y los suyos propios formaran un solo patrimonio; la mujer, por sí sola, no tenía derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, era incapaz, estaba inhibida para celebrar actos jurídicos sin autorización del marido o de la justicia en subsidio (artículos 1781, 180, 1806, 1805 181 a 192, todos del C. C.) La llamada ley "sobre régimen patrimonial en el matrimonio", la 28 de 1932, consagró normas completamente nuevas, y en parte dio al olvido el sistema tradicional hasta entonces imperante.

Esta Ley 28, le dio a la mujer casada mayor de edad, plena capacidad civil, para contratar y obligarse; y a consecuencia de esta capacidad, como lo sostuvo la Corte en sentencia de casación del 20 de octubre de 1937, quedó, para el porvenir, investida de personería legal y suficiente para ejercitar acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social existente en 1º de enero de 1933, día de la vigencia de la ley, de los bienes sociales de que el marido dispuso después de esa fecha mediante contratos con terceros, y que la mujer quiera impugnar mediante acción legal, por razón de vicios creados de manera ilegítima y que generen invalidez o inexistencia. Su capacidad, su personería para actuar así, surge de las modalidades de la nueva ley en su condición de socia coadministradora y partícipe de los bienes de la nueva sociedad conyugal; y su interés jurídico emerge del derecho innegable de velar por que éstos no se aniquilen o destruyan.

Estas breves consideraciones imponen determinar, primeramente, si el bien a que se refiere la demanda pueda estimarse como sustraído a la sociedad conyugal, o si por el contrario, era el inmueble propio del cónyuge que dispuso mediante el contrato que se considera simulado. Ya se dijo que el inmueble en cuestión lo adquirió Alvarez como parte del precio por el cual vendió la finca que llevó al matrimonio, y que siguió siendo propia de él por no haber entrado al haber de la sociedad conyugal constituída en el año de 1922; se repiten para mayor claridad los términos del contrato en la parte pertinente: "Que la expresada venta la ha hecho por la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000.00) oro legal colombiano que ha recibido del comprador en la siguiente forma: cuatro mil pesos en oro legal colombiano efectivo, que confiesa haber recibido; y el resto o sea la cantidad de cuatro mil pesos oro legal colombiano en una finca sembrada de yerba, con su respectivo terreno, constante de veinte fanegadas, poco más o menos, ubicada en el globo de tierra denominada también Macayepo, en jurisdicción de Tolúviejo, y que está alinderada así: Por el Norte y Este, con finca del señor Diógenes Jaraba; por el Oeste, con terrenos del señor Aníbal Gómez Cásseres; y por el Sur, con finca del señor Ossuna, y el caserío de Bobo, entrando en dicha finca todos sus accesorios, como son: cercas, casas, aguadas, corrales, etc."

Dispone el artículo 1850 del C. C., que cuando el precio que se recibe consiste parte en dinero y parte en otra cosa, ha de entenderse permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en caso contrario. En estas condiciones debe estimarse que el contrato pactado fue el de venta, por cuanto el valor de la cosa recibida como parte del precio no excedió al valor del dinero recibido en pago. Hay permuta, únicamente, cuando la cosa vale más que el dinero, dice la disposición citada.

El señor Alvarez adquirió la finca en cuestión, por haberla recibido como parte del precio de la otra finca que vendió y que era suya, no de la sociedad conyugal, en razón de haberla aportado al matrimonio como bien independiente y propio; sin embargo, como la nueva finca adquirida a virtud de este contrato no fue permutada por la primera ni en la escritura declarativa del contrato se expresó el ánimo de subrogar, ha de entenderse que el inmueble llegado así, entró al haber de la sociedad conyugal, ya que habiendo sido adquirido a título oneroso por uno de los cónyuges, entró forzosamente al haber social por obra de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 1781 del C. C., que enseña, que el haber social se compone, entre otros bienes, de los que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso. Mas, como también resulta, que durante la sociedad se vendió por la suma de ocho mil pesos ($ 8,000) una finca del marido, a términos de lo

dispuesto por el artículo 1797 del C. C. la sociedad debe al esposo vendedor esa suma o ese precio y ha de reembolsarlo en las compensaciones a que haya lugar cuando por uno u otro motivo se haga la liquidación de la expresada sociedad.

Hechas estas necesarias explicaciones, y volviendo a la personería y al interés jurídico de la señora demandante para el juicio de la acción de autos, considera la Corte, que por varias razones ha de aceptar la tesis de la parte demandada recurrente. En efecto: si ha de entenderse que la mujer casada a partir de la vigencia de la ley 28 obtuvo personería hábil y suficiente para ejercitar acciones tendientes a reincorporar al patrimonio social existente en 1° de enero de 1933 —por haber dejado de ser el marido gerente y dueño único ante terceros —todos los bienes sociales de que el marido a partir de esa misma fecha haya dispuesto mediante contratos inválidos, nulos o inexistentes, se aclara que no es este el caso de autos, porque cuando entró en vigencia la ley 28 ya no formaba parte del haber social el bien del pleito, como que el marido, como jefe único de la sociedad conyugal, había dispuesto de él tres años antes. Si quisiera alegarse que la mujer por efecto de la ley 28 adquirió capacidad o personería para impugnar los actos y contratos de bienes sociales celebrados por el marido en fecha anterior a la vigencia de la ley, cabe advertir que en el antiguo régimen económico del matrimonio, bajo cuyo imperio se celebró el contrato de que se trata, teniendo el marido la administración libre de la sociedad conyugal y siendo ante terceros dueño de los bienes sociales, la mujer no tenía entonces derecho para impugnar ese contrato, y no teniéndolo entonces no es posible entender que ahora lo tiene por efecto de la ley 28 que apenas dio capacidad a la mujer casada pero no acción para reclamar derechos de que carecía. Esto explica la afirmación de que la señora Petrona Ramos de Alvarez carece del interés jurídico indispensable, o sea el derecho que reclama.

Si se objeta, que la mujer ve defraudado el interés que pueda deducir de la posible sucesión de su esposo, que le interesa que su marido no disponga en vida de sus haberes que actualmente posee, y que de todo esto fluye la personería y el interés jurídico requerido por la ley, a términos del Tribunal, considera la Corte que estas apreciaciones, fruto apenas de esperanza o espectativa calculada, no son en forma alguna hábiles para fundar o deducir el interés jurídico y actual, único que reconoce la ley para esta clase de actividades procesales. En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituir el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir —lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, por que el derecho no puede reclamarse de futuro, es doctrina sentada en repetidos fallos por esta misma Sala. (Número 124 del Índice correspondiente al Tomo 44 de la Gaceta de la Corte).

De todo lo anterior es inevitable conclusión, la consideración, de que la personería de la demandante fue fundada en capacidad o interés que no existe, no tiene realidad en las relaciones de que da cuenta este proceso, y como el Tribunal al reconocérselo violó por indebida interpretación las disposiciones de la Ley 28 de 1932 y las demás que se han venido comentando, disposiciones éstas que se señalan como quebrantadas por el recurrente demandado, a primera vista parecería procedente el infirmar la sentencia por hallarse comprobado el cargo, pero como la consecuencia sería proferir sentencia absolutoria, y por otras razones el Tribunal ha llegado a esta misma conclusión, la técnica de casación en caso como este aconseja, que no se case la sentencia, pues la misión de la Corte queda llenada con rectificar la doctrina del sentenciador de instancia y restablecer la recta aplicación de los textos violados, sin hacer condena alguna en costas.

A mérito de las razones expuestas en

este fallo, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar y no infirma la sentencia objeto del presente recurso.

No se hace especial condenación en costas.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS— RELACIONES DE VECINDAD.

1.—No es aceptable contemplar y decidir un problema jurídico a la simple luz de uno idiomático o gramatical, desconectándose el comentador o juzgador de la realidad de los hechos. Estas disposiciones, que hablan de ruina de un edificio por omisión de las reparaciones necesarias y hablan de querella del vecino amenazado, precisamente requieren en éste esa calidad de VECINO; su tenor literal no da lugar a duda al respecto. Y sin duda tienen en consideración la capacidad de que éste como tal se dé cuenta del peligro por sus manifestaciones externas de percepción fácil o al menos agible y por la ocasión que el vecindazgo le da de presentarlas. Así se explica la exigencia legal del aviso implicado en la querella que, alertando al dueño, lo pone, si se quiere, en mora, cual si por analogía se tratase de un requerimiento. Mira la ley a la conveniencia recíproca o interés común de ambos y a la ayuda mutua que se deben. Si no hay sanción sin motivo, con más veras es de suponerlo para una tan grave como la que el artículo 991 asigna a la falta de querella notificada; y ese motivo es el de la incuria o descuido en quien por el hecho de ser vecino ha de ver constantemente o, en todo caso, con frecuencia, la casa contigua a la suya y sólo por exagerada negligencia deje de notar y avisar las grietas u otras señales externas de peligro. El legislador encuentra en ciertos casos de abstención un fondo de culpa que, sancionado en el del artículo 991 como se ha visto, lleva en los del artículo 2357 a la concurrencia y compensación de culpas en éste reglamentada. Cuando faltan los elementos necesarios para que una persona esté en capacidad de conocer ciertos hechos, no es posible entenderla obligada a avisarlos a nadie ni, mucha menos, despojada de sus derechos por no haberlos avisado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Manuel Corssi demandó a la Compañía de Samacá, sociedad comercial anónima domiciliada en Bogotá, con los fines que se verán en seguida. El Juzgado 7º de este Circuito, ante el cual se tramitó el juicio en primera instancia, negó lo pedido, sin entrar en el fondo, por obra de los reparos a la personería de esa sociedad anotados en su sentencia, que lleva fecha 18 de octubre de 1938. Apelada por el actor, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, quien en su fallo de 16 de diciembre de 1939, revocando aquél, declaró a la Compañía demandada "responsable civilmente de la ruptura del muro de la represa construído por ella para el servicio de su Fábrica de Hilados y Tejidos con las aguas del río Cachaneca, en un sitio del páramo de El Rabanal, vereda de La Chorrera, en jurisdicción del Municipio de Samacá, ruptura que tuvo lugar el 1º de noviembre de 1936, y responsable por consiguiente del desbordamiento de las aguas represadas", y la condenó a pagar a Corssi como indemnización de los perjuicios sufridos por él la suma que se determine con arreglo al artículo 553 del C. J., dentro de las normas indicadas al efecto en la parte motiva de ese fallo.

Va a decidirse aquí el recurso de casación interpuesto por la Compañía contra éste.

El Tribunal halla comprobado que la Compañía construyó las aludidas obras y que la represa se rompió y las aguas se desbordaron dicho 1º de noviembre, y que en esto están acordes las partes. Después de relatar y analizar las pruebas aducidas sobre perjuicios, encuentra que el demandante acreditó haberlos sufrido, y además, que está establecida "relación de causalidad entre el hecho de la ruptura del muro y el daño, o sea, que éste se produjo por la inundación causada por la inesperada salida de las aguas contenidas en la represa de propiedad de la Compañía", y agrega: "La ruptura de este muro fue la causa de la inundación y sin ésta no habría existido el daño". A la decisión del Tribunal concurrió también su concep-

to de culpa de la Compañía, al que llega tras de estudio de las pruebas y que condensa en este párrafo del fallo: "De lo expuesto surge que está plenamente demostrado que la Compañía de Samacá incurrió en culpa por haber desatendido los consejos de la técnica y es responsable, no sólo por intención y descuido, sino también por haber desatendido las advertencias del Ministerio hacia el peligro que correría el muro si no se le tapaban las grietas en forma adecuada, operaciones necesarias para no debilitar su estabilidad y resistencia a causa del mayor volumen de agua que iba a tener. El hecho de que un mes después de dada la represa al servicio se rompió, aunado a lo expuesto por los peritos, es una demostración plena de las deficiencias de la obra, y se patentiza que ésta no se hizo en la forma aconsejada".

Claramente expuestos en sendos capítulos, los cargos del recurrente se concretan al de violación de estos artículos del Código Civil: 2356 por indebida aplicación, 2350 por falta de aplicación e interpretación errónea y 991 y 992 por infracción directa. Los razonamientos que lo conducen a formular esta acusación se resumen en estos términos:

No sin declarar de paso que no comparte la opinión de que el artículo 2356 establece presunción de culpa con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, advierte que no es sobre este punto ni en este sentido como formula su cargo relativo a esta disposición legal y que éste consiste: a) En que ella habla de daños a las personas causados por malicia o negligencia de otras y, por lo mismo, no es aplicable al presente caso en que lo reclamado por el actor es "la indemnización de perjuicios por los daños causados con una avenida violenta de un elemento natural, como lo son las aguas, en los bienes que dice pertenecerle", y b) En que "La Compañía de Samacá, como persona jurídica que es, no puede incurrir en responsabilidad individual por el daño que hubiera podido seguirse a una persona natural por el imprevisto derrumbamiento de una edificación que le pertenecía, pues la persona jurídica, según la definición dada por el artículo 633 del C. C., es una simple ficción legal....."

Sobre el artículo 2350 declara que la palabra edificio empleada allí tiene una amplitud bastante a incluír la obra de que se trata, de donde deduce extrañeza porque, a pesar de abundar en esta opinión, el Tribunal no llegue a la conclusión lógica de decidir el pleito a la luz de esa disposición, y concreta el recurrente el cargo diciendo que, siendo esa obra una edificación, debe regirse por ese artículo, del que no cabe pensar que establezca la presunción de culpa atribuída al 2356; de suerte que fue por aplicar éste indebidamente y dejar de aplicar aquél, por lo que se llegó en la sentencia a declaraciones inaceptables ante esas consideraciones y, sobre todo, ante el hecho de que el inciso 2º del 2350 dispone que "No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto".

Respecto del cargo restante, razona así: el artículo 988 del C. C. da acción a quien teme la ruina de edificio vecino para que el Juez mande al dueño derribarlo o repararlo; el 990, situándose dentro de una querella ya notificada, obliga a indemnizar y conserva la ausencia de responsabilidad por caso fortuito, salvo que éste no hubiera derribado el edificio sin su mal estado; el 991 perentoriamente establece que "no habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querella", y el 992 extiende esta disposición a cualesquiera construcciones. Estas disposiciones se quebrantaron directamente al deducir el Tribunal responsabilidad y condenar a indemnización sin haber habido querella alguna.

Se considera:

Como es sabido, las cosas no responden por sí mismas. El edificio se derrumba, y no es él sino su dueño quien paga el daño; lo que cae de la parte superior de un edificio no es el responsable de la indemnización, sino las personas que allí habitan; la reparación de los daños causados por animales la pagan su dueño o tenedor o quien de ellos se sirve (C. C., artículos 2353 a 2355). Del propio modo, siguiendo los ejemplos del artículo 2356, no es el arma de fuego, sino su imprudente disparador, quien ha de reparar el daño; no son las losas removidas de la acequia o descubiertas en calle o camino, sino el que las descubre o remueve, quien responde del daño causado por ellas al transeúnte, y es el que construye o repara un acueducto que atraviesa un camino, quien indemni-

za a los damnificados que por éste transitan.

Estas observaciones obvias y aun banales han tenido que formularse aquí ante los reparos del recurrente. Derrumbada la represa, se produjeron para el actual demandante los perjuicios cuya indemnización solicita, y para obtenerla se dirige, no contra los elementos naturales causantes inmediatos, sino contra el dueño de la represa, al que no puede valer la alegación de no ser él ese elemento natural inmediato generador del daño, como no puede valerle tampoco la alegación de ser persona jurídica incapaz por lo mismo de incurrir en malicia o negligencia. La Compañía demandada no puede darse por ajena a esta posibilidad, porque suyos reputa la ley los actos u omisiones de sus empleados, agentes, directores y, en general, de las personas físicas por medio de las cuales lleva su vida y actuación de persona jurídica. La responsabilidad pesa, como ya se dijo, sobre el dueño, usuario o tenedor, según los casos, y en el presente la calidad de dueño que asiste a la Compañía de Samacá en relación con las obras en referencia, construídas por ella, en terreno suyo para su propio servicio, calidad no negada por ella, no deja de existir porque no sea persona natural sino jurídica. Apenas habrá para qué anotar que no se está tratando de responsabilidad criminal sino civil.

Aunque estas sencillas reflexiones bastan para hallar infundados los cargos relativos al artículo 2356 tales como el recurrente los formula y condensa, no sobra hacer presentes algunas otras acerca de esta disposición y del fondo de la decisión pronunciada por el Tribunal. Como ya se dijo, expresamente se abstiene el recurrente de plantear el tema de si esa disposición establece o no presunción de culpa; por tanto, debiendo la Corte en el estudio del recurso limitarse a las acusaciones de la demanda que lo fundamenta, mal haría en detenerse en el de ese tópico aquí. Además, estrictamente hablando, el Tribunal se basa en el estudio de las pruebas y deduce de ellas directamente la negligencia y culpa de la Compañía, en forma tal que a esta conclusión habría llegado aunque no compartiese la opinión de que aquel artículo establece la presunción dicha. De resto, el recurrente no ataca la apreciación de pruebas hecha por el Tribunal; de modo que han de reputarse las conclusiones aludidas como deducidas de base firme no puesta en tela de juicio ante la Corte.

Observa el recurrente que el vocablo **batiment** de que se vale la disposición del Código Civil francés correspondiente a la del nuestro en que figura la palabra edificio, no se estima por la jurisprudencia y comentadores franceses limitada a significar casa, teatro o templo o análogos, sino extendida en general a construcciones, y sostiene que de ahí debe deducirse que nuestro artículo 2350, así como nuestros artículos 988 a 992 citados, son los aplicables al presente litigio.

No es aceptable contemplar y decidir un problema jurídico a la simple luz de uno idiomático o gramatical, desconectándose el comentador o juzgador de la realidad de los hechos. Estas disposiciones, que hablan de ruina de un edificio por omisión de las reparaciones necesarias y hablan de querella del vecino amenazado, precisamente requieren en éste esa calidad de vecino; su tenor literal no da lugar a duda al respecto. Y sin duda tienen en consideración la capacidad de que éste como tal se dé cuenta del peligro por sus manifestaciones externas de percepción fácil o al menos agible y por la ocasión que el vecinazgo le da de percatarlas. Así se explica la exigencia legal del aviso implicado en la querella que, alertando al dueño, lo pone, si se quiere, en mora, cual si por analogía se tratase de un requerimiento. Mira la ley a la conveniencia recíproca e interés común de ambos y a la ayuda mutua que se deben. Cabe recordar cómo se detienen los expositores en el análisis de las que llaman servidumbres de vecindad.

Si no hay sanción sin motivo, con más veras es de suponerlo para una tan grave como la que el artículo 991 asigna a la falta de querella notificada; y ese motivo es el de la incuria o descuido en quien por el hecho de ser vecino ha de ver constantemente o, en todo caso, con frecuencia, la casa contigua a la suya y sólo por exagerada negligencia deje de notar y avisar las grietas u otras señales externas de peligro. El legislador encuentra en ciertos casos de abstención un fondo de culpa que, sancionado en el del artículo 991 como se ha visto, lleva en los del artículo 2357 a la concurrencia y compensación de culpas en éste reglamentada. Cuando faltan los elementos necesarios para que una persona esté en capacidad de conocer ciertos hechos, no es posible entenderla obligada a avisarlos a nadie ni, mucho menos, despojada de sus derechos por no haberlos avisado. Concretando a la presente controversia: si Corasí no estaba dentro de

la situación trazada por esas disposiciones legales, entre otras razones por la decisiva de no ser vecino de la represa, salta a la vista la imposibilidad de decidir por ellas este pleito.

Las obras de que aquí se trata consisten ante todo en una represa construída en lugar remoto y aislado, no por Corssi sino por la Compañía, dentro de terrenos de ésta. De la represa hacia abajo, a lo largo del dilatado curso del río represado, a uno y otro lado de su cauce, hay predios y habitaciones de diversos dueños, entre ellos el actual demandante. Esta circunstancia no los capacita ni, mucho menos, los obliga a examinar constante y frecuentemente la represa para indagar si exige reparaciones y avisarlo a la Compañía querellándola; más todavía, y con esto basta, esas circunstancias no los constituyen vecinos y hasta impiden considerarlos tales.

Así, pues, no se quebrantaron esas disposiciones (artículos 2350, 990 y 991 del C. C.).

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, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha diez y seis de diciembre último.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

MANDATO COMERCIAL.—RENDICION DE CUENTAS DEL MANDATARIO.

1.—En el contrato de mandato, tanto mercantil como civil, las obligaciones principales del mandatario se reducen a dos: 1ª cumplir fielmente el encargo y realizar la gestión encomendada, ateniéndose a las instrucciones del mandante, y 2ª rendir cuenta de su gestión, enviando cuenta detallada y justificada de su administración. — 2.—Establecida la prueba del contrato de mandato, si el mandante exige al mandatario el pago de una suma de dinero no hay prohibición procesal o incompatibilidad técnica en haber aspirado primero a obtener tal reintegro y posteriormente la rendición de cuentas que debe dar el mandatario. La acción de rendición de cuentas, aun cuando el mandante la haya considerado, por un error de técnica, como una consecuencia de la de pago de dineros que cobra al mandatario, es una súplica que nace de una norma legal que la consagra como derecho sustantivo procesal de acción, y por eso tiene vida propia con independencia de cualquiera otra similar que pueda desprenderse del vínculo contractual.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

El proceso.

En el año de 1932 los señores Plutarco Paz O., vecino de Tulcán, en la República del Ecuador, y Luis Aurelio Guerrero, vecino de Pasto, entraron en operaciones de banca y en los meses de febrero, marzo, julio y noviembre de dicho año Paz le hizo a Guerrero varios giros en cheques del Banco de Colombia, destinados, según dice la demanda, a la compra de dólares americanos, que Guerrero debía adquirir en el Banco de la República y remitírselos a la ciudad de Tulcán, y a otros servicios.

Como Guerrero, dice la demanda, no cumplió dicha comisión y no remesó los dólares que debía comprar, Plutarco Paz acudió al Poder Judicial y presentó demanda ordinaria ante el Juzgado Segundo del Circuito de Pasto contra Luis Aurelio Guerrero, solicitando se hicieran las siguientes declaraciones principales y subsidiarias:

Principales: Primera. "Que el demandado Guerrero, en su carácter de recomendado, recibió de Plutarco Paz con el objeto de atender a órdenes de éste, relacionadas con la compra de dólares en el Banco de la República, de Pasto, y para otros servicios, la cantidad de ocho mil novecientos sesenta y tres pesos ($ 8,963) oro, moneda legal colombiana, o la suma que se le acreditare, en este juicio, haber recibido por el concepto mencionado".

Segunda. "Que el demandado Guerrero está en la obligación de restituir a Paz la suma de dinero a que se contrae la petición anterior dentro del plazo de seis días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia".

Tercera. "Que Guerrero está en la obligación de pagar a Paz los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento de la recomienda (sic), condena que se hará a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia; y además, a pagarle los intereses respectivos de las sumas recibidas, como lo indiquen los comprobantes que se agreguen al presente juicio".

Cuarta. "Que si el demandado se opone a la demanda se le condene a pagar las costas de la litis".

Subsidiarias: Primera. "Que el demandado Guerrero, en su carácter de recomendado, recibió de Paz, con el objeto de atender órdenes de éste, relacionadas con la compra de dólares en el Banco de la República, de Pasto, y para otros servicios, la cantidad de ocho mil novecientos sesenta y tres pesos ($ 8,963.00) oro, moneda legal colombiana, o la suma que se acreditare, en este juicio, haber recibido por el concepto mencionado".

Segunda. "Que Guerrero, dentro del término que se fije en la sentencia, está en la obligación de adquirir para Paz, con los dineros que de él ha recibido, los dólares en el Banco de la República, con la obligación de entregárselos dentro del mismo plazo que fije la sentencia".

Tercera. "Que consecuencialmente, está en la obligación Guerrero de rendir cuen-

tas por la inversión de los dineros que recibió".

Cuarta. "Que Guerrero está en la obligación de pagar a Paz los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento de la recomienda, y además, los intereses respectivos de las sumas recibidas".

Quinta. "Que si el demandado se opone a las peticiones de la demanda se le condene a las costas de la litis".

Trabada la controversia el juez a quo la desató en primer grado, por medio de sentencia fechada el 2 de abril de 1938, en la cual condenó al demandado Guerrero a pagar la suma de seis mil ochocientos cuarenta y cinco pesos ($ 6,845.00) oro, sin dar lugar al pago de perjuicios.

La sentencia acusada.

De la providencia de primera instancia apelaron tanto el actor como el opositor, y tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la calificó en sentencia de 26 de septiembre de 1939, en la cual revoca la de primer grado y declara improcedente la demanda intentada y las acciones allí contenidas.

Sostiene el Tribunal que la acción instaurada tiene por causa un mandato comercial conferido por el actor Paz al opositor Guerrero, vale decir, una comisión para comprar que se regula por la legislación mercantil y que consistía en diversos actos para comprar giros por dólares, para efectuar cambios de moneda, para pagar y remesar letras bancarias y para consignar dinero a los bancos, en cuenta corriente. Dicho mandato fue aceptado de manera tácita, desde luego que el mandatario demandado confiesa haber ejecutado varias de las comisiones que le fueron encomendadas. También confiesa el opositor Guerrero haber recibido varias remesas de dinero con el objeto de atender órdenes relacionadas con la compra de dólares en el Banco de la República y otros servicios que le fueron encomendados; pero en la contestación de la demanda explica Guerrero que los dineros recibidos de Paz fueron dados en pago de avances de pago de dineros que había hecho con sus propios recursos.

Pero una vez determinada la naturaleza jurídica del contrato celebrado por las partes, agrega el Tribunal que de conformidad con los artículos 2181 del C. C. y 383 del C. de Comercio, concordantes ambos, evacuada que sea la negociación encomendada, el mandatario o comisionista debe dar aviso inmediato de su gestión y rendir la cuenta de su administración; y si no lo hace, surge primero que todo para el mandante el derecho de exigirle esa rendición de cuentas, intentando la acción consiguiente, de la cual resultará si ha cumplido o no íntegramente la gestión encomendada y si los dineros fueron o no destinados para cumplir ese mandato.

Continúa el Tribunal que si estos principios se han de tener en cuenta, fácilmente se deduce que la acción se halla errada, no sustenta el derecho propio y procesal del demandante, ni éste es la misma persona a quien la ley reconoce la facultad de demandar. Concluye, en consecuencia, que falta la legitimidad en la causa y que la acción intentada es improcedente en sus peticiones principales y subsidiarias.

Hasta aquí los argumentos de carácter general expuestos por el Tribunal para sostener su decisión sobre improcedencia de la acción incoada. Pero como quiera que la tercera súplica subsidiaria de la demanda se refiere a la obligación en que está el opositor Guerrero de rendir cuentas de la inversión de los dineros recibidos, el Tribunal no quiso tomarla en consideración y estimarla, para ser consecuente con sus propias conclusiones anteriores, en virtud de las razones que textualmente expone en este párrafo:

"La petición tercera colocada como subsidiaria pudo haber prosperado por tratarse de la rendición de cuenta a que estaba obligado el señor Guerrero en su carácter de mandatario; pero dicha petición fue colocada y solicitada como acción consecuencial de todas las anteriores y es lógico que si son improcedentes las principales también lo será la consecuencial, porque ésta vive y prospera de acuerdo con la existencia de la principal. Otra cosa hubiese sido si se hubiese solicitado esta petición como subsidiaria, sin agregarle la palabra "consecuencial", caso en el cual, en faltando la primera, ésta ocuparía su lugar".

El recurso de casación.

Contra la sentencia del Tribunal se alza en casación el actor Plutarco Paz, y alega el primer motivo de los señalados en el artículo 520 del C. J., por estimar dicho fallo violatorio de la ley sustantiva, por infracción directa de los artículos 383 del C. de Comercio y 2157 y 2181 del C. C.

También acusa la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda, en calidad de prueba.

Presenta en su demanda de casación cuatro motivos de tacha, los dos primeros como principales, y los dos últimos, como subsidiarios, todos ellos tendientes a demostrar que se violaron los textos legales antes mencionados, que imponen al mandatario el deber de cumplir íntegramente el mandato conferido y de rendir cuenta minuciosa de su gestión y administración, a efecto de poder deducir sobre el exacto cumplimiento del mandato.

Siguiendo el orden lógico de los cargos formulados, sólo es pertinente aludir aquí al presentado como subsidiario en el capítulo tercero de la demanda de casación, por considerar la Corte que ese motivo de acusación debe prosperar y ocasionar, por consiguiente, la infirmación del fallo sometido a este recurso. Dicho cargo lo hace consistir el recurrente en lo siguiente:

a) Error de derecho en la apreciación de la demanda en calidad de prueba.

Dados los términos precisos de las peticiones subsidiarias primera y segunda de la demanda, el presentar la tercera de éstas, sobre rendición de cuentas, como "consecuencial" de las otras dos no es motivo suficiente para negarla. Para admitir tal negativa del Tribunal sería preciso aceptar que los artículos 2181 del C. C. y 383 del C. de Com., que sirven de fundamento a la facultad de solicitar rendición de cuentas, considerarán improcedentes o ilegales tales peticiones. Es obvio que, rectamente interpretada la demanda, el actor sí solicitó en forma suficiente para los efectos procesales —aunque de manera subsidiaria— la rendición de cuentas por parte del demandado, en este proceso.

b) Error de hecho evidente en la apreciación de la demanda como prueba del juicio.

Si se estudian con el debido cuidado las tres peticiones subsidiarias de la demanda, fácilmente se comprende que la súplica sobre rendición de cuentas se desprende fundamentalmente del mandato conferido y fue presentada en forma procedente. El Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de tal súplica de la demanda, al no discriminar y destacar debidamente los fundamentos propios de la expresión "consecuencia", consistente en la petición de rendir cuentas que traen las peticiones primera y segunda subsidiarias. Y tal error de hecho lo llevó a la violación directa de los artículos 2181 del C. C. y 383 del C. de Com., que imponen al mandatario la obligación de rendir cuentas.

Estudio de los cargos.

Coincide la Corte con la apreciación que hace el Tribunal sobre la naturaleza jurídica de la convención celebrada entre las partes. En el caso del pleito se está en presencia de un mandato comercial o comisión, conferido por el actor al opositor, por haberse celebrado entre comerciantes y para objetos u operaciones meramente mercantiles.

Ese mandato fue aceptado por el mandatario Guerrero, desde luego que confiesa en el proceso haber realizado varios de los actos u operaciones que le fueron encomendados y existe la debida demostración de que le remitió varios giros por dólares comprados en el Banco de la República y varias remesas de billetes de esa misma institución. También confiesa el demandado comisionista que recibió del actor Paz diversas sumas de dinero en moneda colombiana, por conducto del Banco de Colombia, y existen en los autos las pruebas demostrativas de esas entregas, por parte del instituto bancario mencionado. Lo que ha venido a ser materia especial y básica de esta disputa judicial es la inversión que de esos fondos haya hecho el opositor; si en realidad de verdad cumplió las comisiones que le fueron conferidas y si la totalidad de tales fondos los invirtió en el fiel y exacto cumplimiento del mandato.

En la contestación del libelo de demanda sostiene el demandado lo siguiente: "los dineros que yo recibiera del Sr. Paz fueron dados en pago de avances de pago de dineros que yo había hecho con mis propios recursos". Salta a la vista que desde el principio quiso excepcionar en forma defensiva y en el sentido de que nada debía el actor, como consecuencia de las comisiones mercantiles, puesto que a su decir las había cumplido y los dineros recibidos le eran debidos al comisionista a consecuencia de ese exacto cumplimiento.

En el contrato de mandato, tanto mercantil como civil, las obligaciones principales del mandatario se reducen a dos: 1ª cumplir fielmente el encargo y realizar la gestión encomendada, ateniéndose a las instrucciones del mandante; y 2ª rendir cuenta de su gestión, enviando cuenta de-

tallada y justificada de su administración. En forma tal que una vez cumplidas por parte del demandado Guerrero las comisiones recibidas, surge inmediatamente el deber legal de rendir cuenta de su gestión, para poder saber si fueron exactamente evacuadas y si resta algún saldo a favor del comitente que deba reintegrar. De manera que sólo al rendir la cuenta de su administración puede deducirse con claridad y precisión si tiene o no razón el actor al afirmar que Guerrero le adeuda un saldo de dinero, que no fue invertido en el mandato y que viene siendo retenido indebidamente por éste.

Llega la oportunidad de estudiar la decisión de improcedencia de la acción intentada, decretada por el Tribunal en la sentencia que se revisa, fundándose el sentenciador de segundo grado en que el actor no hizo en debida forma procesal la petición pertinente y procedente en este caso de rendición de cuentas.

El actor presentó en el libelo varias peticiones principales y varias subsidiarias. Las primeras tendían a obtener el directo reconocimiento a su favor de una obligación por parte del demandado de pagarle determinada suma de dinero, con los perjuicios por la retención y las costas del proceso. Las subsidiarias, a que se declarara en debida forma la obligación de cumplir la comisión mercantil conferida. En la súplica tercera subsidiaria solicitó "que, consecuencialmente, está en la obligación el señor Guerrero de rendir cuentas por la inversión de los dineros que recibió de mi representado (Paz), dentro del término que le fije el mismo fallo".

En el rigor de la técnica de los procedimientos era pertinente, una vez desestimadas y rechazadas las súplicas principales, estudiar las subsidiarias y acoger aquella que viniera demostrada en sus fundamentos de hecho y de derecho o rechazarlas en caso contrario. De manera que si en esa forma subsidiaria el actor solicitó la declaración judicial de que el demandado rindiera cuenta de su administración, debía prosperar esa súplica, una vez evidenciada la existencia del mandato, su cumplimiento total o parcial y el recibo de sumas de dinero, por parte del mandatario, para proveer a las gestiones encomendadas.

El Tribunal expresa en su sentencia que tal petición tercera subsidiaria pudo haber prosperado, al tenor del artículo 383 del C. de Com. que impone tal obligación al comisionista; pero la desestimó fundado exclusivamente en "que dicha petición fue colocada y solicitada como acción 'consecuencial' de todas las anteriores y es lógico que si son improcedentes las principales también lo será la consecuencial, porque ésta vive y prospera de acuerdo con la existencia de la principal". Este viene a ser el único argumento del Tribunal para declarar la improcedencia de tal súplica.

No comparte la Corte esa injurídica conclusión, por las razones que pasan a exponerse: a) porque es principio de técnica procesal, para asegurar la economía de los pleitos, que en un mismo juicio se pueden intentar varias acciones que no sean incompatibles entre sí o en cuanto a sus resultados; b) porque las obligaciones fundamentales del contrato de mandato son precisamente las de cumplir fielmente la gestión encomendada y la de rendir cuenta de una gestión; c) porque bien es verdad que las peticiones principales del libelo tendían a obtener el pago de una suma de dinero, y las primeras subsidiarias a que se cumpliera en su totalidad el mandato; pero tales exigencias del actor en nada se oponían o eran incompatibles en su esencia con que, como **ultimum subsidium**, se pidiera la rendición de cuentas.

Por vía de doctrina considera la Corte que en realidad el actor y comitente debió, ante todo, exigir a su mandatario la rendición de la cuenta de su administración, para de esa manera dejar esclarecido si había cumplido en su totalidad la comisión y si debía reintegrar saldos. Pero si así no lo hizo, tampoco hay prohibición procesal o incompatibilidad técnica con que haya aspirado primero a obtener tal reintegro y posteriormente la rendición de la cuenta. En ese evento, negada por improcedente la primera pretensión, como lo fue, debía ser estudiada y acogida la segunda, que por esa misma circunstancia, venía a tener autonomía, plena virtualidad y operancia a consecuencia del rechazo de la primera. Y si el actor la presentó con toda precisión en su tercera súplica, no podía servir de fundamento para desestimarla la circunstancia de forma de haberla presentado, por error de técnica, como consecuencia de las anteriores.

Dentro de un concepto riguroso de derecho procesal bien está que se admita en principio, como lo sostiene el Tribunal, que declaradas improcedentes las peticiones principales también lo sea la consecuencial, porque ésta vive y prospera de acuerdo con la existencia de la principal. Tal conclusión es indiscutible dentro de la realidad y contenido de los fundamentos

de las peticiones, cuando existe una necesaria relación de subordinación entre las peticiones principales y la consecuencial. Pero en el caso de autos la realidad es otra y así debió estimarse por el sentenciador, dado que la súplica sobre rendición de cuentas no es una derivación fatal y necesaria de las peticiones formuladas como principales ni es en verdad consecuencia de éstas, sino que es una súplica que nace de una norma legal, que la consagra como un derecho sustantivo procesal de acción, y por eso tiene vida propia, con independencia de cualquiera otra similar que pueda desprenderse del vínculo contractual. Bien es verdad que el actor, por un error de técnica, la calificó como "consecuencial", pero no siéndolo en su esencia y en su existencia, el Tribunal debió reparar tal error e interpretar la demanda, en esa parte, en armonía con la realidad del derecho aducido por el litigante.

Por lo demás, cabe entender que la expresión consecuencialmente se refiere al mandato, cual si el libelo dijese: habiendo habido un mandato, el mandatario que lo aceptó está consecuencialmente obligado a rendir cuentas.

Sentencia de instancia

De lo expuesto concluye la Corte que sí hubo error de hecho manifiesto en la apreciación de la tercera súplica subsidiaria de la demanda, sobre rendición de las cuentas de la gestión. Tal error condujo indudablemente a la infracción directa del artículo 383 del C. de Com., que otorga tal derecho y la acción consiguiente al comitente. Se impone, por esa circunstancia, la infirmación del fallo acusado en casación, que desconoció tal derecho. Y al entrar la Corte a ejercer las funciones de Tribunal de instancia, para dirimir la controversia en su fondo, son suficientes las consideraciones apuntadas para que se revoque la sentencia condenatoria de primer grado y se ordene en su lugar la rendición de las cuentas solicitadas. Se agrega que es improcedente la condenación de primera instancia, porque debe prosperar, por las razones dichas, la excepción de petición antes de tiempo y de modo indebido, ya que la obligación de pagar sólo puede surgir del trámite de la rendición de las cuentas, a efecto de decidirse entonces si se cumplió con toda fidelidad y extensión la comisión, y si a consecuencia de tal corte ha quedado algún saldo de dinero a favor del actor y a cargo del opositor.

En mérito de las anteriores consideraciones, 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, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el día veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, y previa la revocatoria de la de primer grado proferida por el Juez Segundo del Circuito de Pasto el dos de abril de mil novecientos treinta y ocho, falla este pleito así:

Primero.—El demandado Luis Aurelio Guerrero está en la obligación de rendir a su comitente Plutarco Paz O., vecino de Tulcán, la cuenta detallada y justificada de la administración de las gestiones que le fueron encomendadas y de la inversión de los dineros que recibió de su mandante.

Segundo.—No hay lugar a hacer las demás declaraciones principales y subsidiarias de la demanda.

Tercero.—Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION DE MEJORAS EN TERRENOS BALDIOS — OBRAS EJECUTADAS POR CUENTA DE TERCEROS — ACCION DE DOMINIO

I. El principio consignado en el artículo 1759 del C. C. no va a establecer que una escritura pública debidamente registrada cuando se tacha de nulo o simulado el contrato en ella contenido no sirve de prueba al comprador para defender su dominio ostensible contra terceros que a su vez no presenten título mejor de propiedad sobre la misma finca, entre otras razones porque en la acción reivindicatoria lo que hay que examinar primeramente no es si el demandado es dueño de la cosa, sino si lo es el demandante, sencillamente porque si el reivindicador no presenta la prueba plena del dominio que alega, al demandado le basta como defensa alegar la posesión actual de la cosa, ya que la posesión da origen a una presunción de dominio a su favor, que sólo se destruye con la prueba que presente el reivindicador. — 2. Todo individuo que se obliga a ejecutar alguna obra por cuenta de un tercero, así sea derribar una montaña baldía para fijar en el desmonte siembras, arriendo su servicio, enajena su trabajo, y esa obra viene a ser del comitente o del que contrató el servicio, de tal manera que el que lo realizó, caso de que no se le cubra el valor convenido, sólo tiene un crédito personal para obtener la remuneración de su trabajo, pero en manera alguna un derecho real como es el de dominio y que pueda ejercitar sobre la cosa construída. — 3. La acción reivindicatoria tiene como objeto una cosa singular, determinada y cierta, y ha de presentarse al fallador identificada claramente, con el objeto de precisar que lo que se reivindica por el demandante es lo mismo que posee el demandado. Si es cierto que en juicio reivindicatorio de mejoras en baldíos, entre colonos, no es necesario que se precise la cabida o área donde las mejoras existan ni que éstas se señalen o individualicen una a una y por riguroso inventario, como lo ha sostenido la Corte en otros fallos, es sí esencialmente necesario para la eficacia de la acción que se determinen la situación y linderos propios y precisos de esas mejoras, la naturaleza de cada una de éstas, en fin, su delimitación en relación con un terreno determinado. Cuando la cosa que se intenta reivindicar no se ha podido determinar, no se puede decretar la reivindicación, la cual recae sobre cosa singular; y no se singulariza, no se determina una cosa diciendo que está comprendida dentro de otra de mayor extensión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cuarenta.

(Ponente: Magistrado Dr. Daniel Anzola)

En el municipio de San Carlos, comprensión del Circuito de Marinilla, Departamento de Antioquia, está ubicada una extensa región baldía denominada "La Bella", singularizada al tenor de la siguiente alindación: "Del paraje llamado "Tamborcito", lindero con aberturas de Antonio Murillo, siguiendo por la cuchilla que divide las aguas de "Llanadas" y "Peñol-pelado" hasta el paraje denominado de "Tesorito"; de aquí, siguiendo cuchilla abajo, lindando con terrenos de Leopoldo Ciro, hasta caer al amagamiento de "La Gata"; éste abajo, a la quebrada "Llanadas"; ésta abajo, hasta buscar la dirección de la cuchilla "Campechito" en la rivera izquierda; de este punto de la mencionada quebrada, línea recta a la cuchilla de "Tamborcito", y por ésta al primer lindero".

En fecha anterior al año de 1915, Marco A. Parra estableció en ese lugar derribo de montañas, imposición de pastos y plantíos, y construyó además una habitación para residir allí con su familia, mejoras todas que por instrumento público Nº 34 de 3 de julio del año de 1915 de la Notaría de San Carlos las dio en venta al señor Víctor Montoya Z. con esta especificación: ". . . . . unas mejoras de rastrojos en terrenos baldíos con sus cortes

de montes, situados en el paraje de La Bella de este distrito, y junto con algunas sementeras y casa pajiza demarcado por estos linderos ..... (señala aquí los correspondientes a toda la región baldía) y agrega: "que no entrega título por conservar más derechos en el terreno, y que la entrega de lo vendido data de tres años antes, fecha desde la cual tiene la posesión el comprador. Montoya Z. ensanchó la posesión con nuevas mejoras, y luégo, en el año de 1921, por escritura número 238 de 14 de julio, de la Notaría de El Peñol, las transfirió en venta a Manuel Giraldo Z., entregó a éste el título procedente de Parra, determinó las mejoras que vendía incluyendo las impuestas hechas por su actividad y su trabajo y ratificó la entrega material que ya había hecho al comprador. Giraldo continuó la obra de sus antecesores, ensanchó las mejoras, edificó mejor habitación, y nueve años después, por escritura número 54 de 21 de enero de 1929, también de El Peñol, transfirió en venta a Jesús Arbeláez la mitad de la finca, advirtiendo que no entregaba al comprador título alguno "porque el que poseía no dice relación a todos los valores que conserva en esos terrenos del Estado"; Giraldo y Arbeláez continuaron ensanchando los cultivos, y por uno u otro motivo la finca tornó a la sola propiedad de Giraldo, a términos de la escritura número 592 de 12 de diciembre de 1930, de la misma Notaría; más tarde, este señor vendió esa propiedad, esas mejoras, a Lisandro Villegas por escritura número 94 de 13 de marzo de 1931, en la cual se lee: "Manuel Giraldo vende a Lisandro Villegas, una finca territorial con casa de habitación y demás mejoras y anexidades, situada en el paraje de La Bella, en jurisdicción de San Carlos, advirtiendo que lo que vende son todas las mejoras en dicha finca, por estar ésta en terrenos baldíos pertenecientes a la Nación, finca que deslinda — siguen los linderos de toda la región baldía—". Allí mismo el vendedor declara que hace entrega al comprador de lo vendido, indica las anteriores procedencias, y advierte, que dentro de la anterior alinda ción, existe una posesión ocupada por Luciano Ospina, en donde se levantan unas mejoras que ese señor dice que son de su propiedad.

En el mismo paraje de "La Bella", en el sitio llamado "El Silencio", Víctor Ceballos derribó montañas, sembró pastos artificiales, varias sementeras, y construyó casa de habitación, todo en extensión aproximada de más de cien fanegadas (declaraciones de Arcadio Quintero, Arcángel Ospina, Eleázar Buitrago, Jesús Arbeláez, Félix Hincapié y Ricardo Noreña) mejoras todas éstas, que por escritura 559 de 29 de noviembre de 1930 de la Notaría citada, vendió a Antonio María González, señor éste que recibió la posesión para continuar su aumento con nuevos desmontes y plantíos.

De ahí en adelante, vino una larga serie de controversias policivas, pues de un lado ha alegado Villegas que por estar plantadas las mejoras de Ceballos, hoy de González, dentro de los linderos de "La Bella", son suyas, y que Ceballos vendió lo ajeno mediante contrato absolutamente simulado; de otro, el cesionario González, ha sostenido que las mejoras impuestas por su cuenta también como colono y las que fueron materia de la compra que hiciera, le pertenecen, en razón de esta precisa circunstancia, y por la muy especial de que se hallan plantadas y levantadas en terrenos baldíos y en donde no ha precedido adjudicación alguna. Las autoridades de San Carlos ventilaron un juicio de lanzamiento promovido por Villegas, de resultado adverso a la pretensión del demandante, porque el Alcalde del lugar protegió los derechos de González en diligencia o actuación que más tarde fue sustraída de los archivos de esta dependencia.

El litigio

En vista de todas estas ocurrencias, Lisandro Villegas, en memorial al Juzgado 1º del Circuito de Marinilla, demandó a Antonio María González, para que con su audiencia y en trámite ordinario, se declarara, que es dueño de todas las mejoras impuestas en el terreno baldío "La Bella" inclusive las plantadas por Ceballos y de que eran dueños sus antecesores; que le deben ser restituídas por González con todos sus frutos naturales y civiles; que tiene derecho preferencial a hacer la correspondiente denuncia de baldíos de esos terrenos; y que González debe pagarle el valor de los perjuicios que le ha ocasionado. Pide, subsidiariamente, se condene al demandado a pagarle el valor de las mejoras que éste posee, junto con el correspondiente al valor de los perjuicios resultantes de haberse apoderado violenta y clandestinamente de los desmontes aledaños a

las mejoras que actualmente ocupa el mismo demandante.

Sentencias de primero y segundo grado

El señor Juez 1º de Marinilla negó todas las declaraciones solicitadas en la demanda, y en consecuencia, absolvió al demandado de los cargos formulados. Apelado este proveído, el Tribunal Superior de Medellín confirmó la decisión del inferior, en sentencia del catorce de mayo del año próximo pasado, la que por recurso de casación ha venido al estudio de la Corte; y como nada impide el pronunciamiento, es la oportunidad de resolver el recurso para lo cual, la Sala considera:

Sentencia acusada

El Tribunal funda su sentencia absolutoria en estas consideraciones que se extractan: si bien es cierto que de las escrituras públicas y de los testimonios aducidos a los autos se desprende que Marco A. Parra plantó mejoras de alguna extensión de los terrenos baldíos del paraje de "La Bella", comprensión del Municipio de San Carlos, Circuito de Marinilla, mejoras que por sucesivas tradiciones llegaron a poder del demandante más ensanchadas todavía, también es evidente, que dentro de los mismos términos de la región baldía, existen otras, impuestas por el demandado, por Víctor Ceballos y Luciano Ospina; y siendo así, jurídicamente no es posible acceder a las súplicas del libelo en cuanto reclaman una declaración de propiedad sobre todas las mejoras existentes, y agrega: "Aun cuando es cierto que Ceballos declara que esas mejoras no eran de su pertenencia, pues las había hecho por cuenta de Manuel Giraldo y Jesús Arbeláez, y que sólo fue ficticia la venta que de ellas hizo al demandado González, es claro que esta declaración no puede perjudicar derechos del comprador señor González; pues de lo contrario todos los contratos sobre compraventa de bienes raíces quedarían inestables y sometidos a declaraciones posteriores del vendedor. De manera que aunque es posible que efectivamente las tales mejoras las hubiera hecho Ceballos por cuenta de Giraldo y Arbeláez, naturalmente ha de darse preferencia al instrumento público en que consta lo contrario, porque no se trajo una prueba adecuada de simulación de ese convenio, ni tampoco de que dichos señores Giraldo y Arbeláez le hubiesen dado a Ceballos los gastos necesarios para tales plantaciones o siembras de pastos".

Finalmente, considera el Tribunal, que si la demanda refiere sólo a las mejoras plantadas por Marco A. Parra, Víctor Montoya, Manuel Giraldo y Jesús Antonio Arbeláez y que existían en noviembre del año de 1930, tampoco puede prosperar la acción de dominio, "porque no se hizo la alinderación o identificación de esas mejoras y de su extensión, y porque la solicitud en la forma indicada resulta consecuencialmente indeterminada y vaga".

La parte demandante, que es la recurrente, no acepta las apreciaciones que hace el Tribunal; considera que las mejoras que Ceballos dijo vender al demandado González, por la escritura pública citada, no fueron adquiridas por éste en realidad, porque el contrato tal fue simulado, y porque Ceballos no tenía en "La Bella" mejoras que pudiera transmitir a otro mediante la celebración de una compraventa, en razón, de que si realmente hizo este señor desmontes, sembró pastos y otras sementeras, todas esas mejoras se hicieron por cuenta de Giraldo o de Arbeláez, y son de éstos, aunque no hubieran pagado su valor; en este evento — agrega — resultaría a lo más que Ceballos es acreedor de éstos "por remuneración y suministros".

Y dice el recurrente que el contrato es simulado, pese a las declaraciones de la escritura, porque así lo confesó Ceballos durante el probatorio de este juicio en declaración que tiene todo su valor legal y que es hábil a destruir los efectos de la declaración contractual protocolizada ante el Notario, en razón de que la hecha ante éste funcionario no fue juramentada y en cambio, sí, la recibida como prueba. También cree la parte actora en el recurso, que en juicios como éste, en donde se ejercita una acción reivindicatoria o de dominio, no debe exagerarse la disposición legal que enseña que las cosas materia del litigio deben presentarse al juzgador debidamente singularizadas o identificadas claramente, porque muchas veces esta determinación es casi imposible.

Demanda de casación

Se acusa la sentencia, por estimarla violatoria de ley sustantiva, por infracción directa e interpretación errónea; y por haber incurrido el Tribunal en error de hecho y en error de derecho en la apreciación de varios elementos probatorios. Señala como quebrantadas, las disposiciones

de los artículos 1759, 2053 y 946 del C. C. y 697 del C. J.

Violado el artículo 1759 del Código Civil, que enseña, que el instrumento público hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los contratantes, por cuando en la sentencia se dio valor a las declaraciones que los contratantes Ceballos y González hicieron en el instrumento público 553 citado, y que relaciona la venta de las mejoras que el primero cedió al último por medio de un contrato de venta, siendo como es, dicho contrato simulado, sin efecto por tanto en cuanto a las declaraciones ostensibles que allí se relacionan, tal como lo estima el mismo Ceballos en declaración jurada rendida en el proceso.

Violado el artículo 2053 de la misma obra, porque el Tribunal estimó que las mejoras que dijo vender Ceballos a González eran realmente de propiedad del supuesto vendedor, toda vez que con el propio dicho de éste y con las declaraciones de Giraldo y Arbeláez se ha evidenciado que las mejoras en cuestión las levantó Ceballos, pero por cuenta de estos mismos declarantes; y más aún, porque, la entidad falladora apreció, que por no haber pagado estos señores a Ceballos el valor de sus trabajos, tal circunstancia produjo el efecto de cambiar la condición de arrendatario contratista de este último, por la de dueño de las mejoras realizadas en razón de aquel vínculo jurídico.

El artículo 946 del C. C., afirma el recurrente, fue violado expresamente por el Tribunal, por haber interpretado esta disposición en el sentido de hacerla nugatoria, exigiendo una singularización y determinación de la cosa que se reivindica exageradamente precisa, habiéndole sido imposible o casi imposible realizarla.

Estudio de los cargos

Primer cargo. El Tribunal no basa su sentencia en la resultante jurídica que pueda tener la preferencia de lo declarado en un instrumento público protocolizado ante Notario, sobre la declaración unilateral que el mismo declarante haga posteriormente y que pueda llevar a contradecir o a destruir los efectos de un contrato. El Tribunal dio preferencia al instrumento público firmado por Ceballos sobre su declaración contradictoria posterior, porque no se trajo a los autos prueba de la simulación alegada, ni la pertinente a establecer que las mejoras impuestas por Ceballos lo fueron a gasto y cuenta de Giraldo y Arbeláez, de quienes se dice el recurrente deriva su mejor derecho a la propiedad de las mejoras disputadas.

El principio jurídico consignado en el artículo 1759, que se estima violado, no va a establecer que una escritura pública debidamente registrada cuando se tacha de nulo o simulado el contrato en ella contenido, no sirva de prueba al comprador para defender su dominio ostensible contra terceros que a su vez no presenten título mejor de propiedad sobre la misma finca, entre otras razones, porque en la acción reivindicatoria, lo que hay que examinar primeramente, no es si el demandado es dueño de la cosa, sino si lo es el demandante, sencillamente, porque si el reivindicador no presenta la prueba plena del dominio que alega, al demandado le basta como defensa alegar la posesión actual de la cosa, ya que la posesión da origen a una presunción de dominio a su favor, que sólo se destruye con la prueba que presente el reivindicador. El Tribunal al imponer su decisión, en el sentido de que la simulación indicada por el demandante no se halla probada, y que por tanto el instrumento criticado y opuesto por el demandado servía a éste para defender el derecho de dominio discutido, lo hizo previo análisis del único elemento probatorio al respecto, no otro que la declaración del mismo contratante Ceballos, quien ciertamente, en declaración rendida en este juicio afirma que el contrato en referencia es simulado; la Sala falladora conceptuó, y era elemental, que con esta sola prueba, emanada precisamente de uno de los contratantes, no podía hacerse tan fundamental declaración. Por lo demás, los autos no contemplan una acción de simulación ni se ha controvertido sobre ella. Atrás se reprodujeron los conceptos del fallo del Tribunal a este particular, que la Corte, en lo pertinente considera jurídicos y exactos. No siendo fundado el cargo, se impone como consecuencia su rechazo.

Segundo cargo. Para este cargo ya no alega el recurrente que el contrato celebrado entre Ceballos y González haya sido simulado; dice que la materia de esa venta no era de propiedad de Ceballos, que las mejoras no le pertenecían al vendedor, que eran de Giraldo o de Arbeláez, — no precisa de quién —, porque, si ciertamente Ceballos las plantó o impuso, fue en desarrollo de un contrato, como contratista de los primeros y con dinero particular de

ellos. Sobre esta base el recurrente edifica su acusación, señalando la sentencia como violatoria del artículo 2053 del C. C., disposición ésta que enseña, cuándo el contrato celebrado entre un artífice y un tercero debe reputarse venta y cuándo arrendamiento.

No se trata en el presente caso de una relación jurídica resultante de los efectos del cumplimiento o incumplimiento de un contrato realizado entre un artífice y un tercero para la confección de una obra y para cuya realización haya el artífice o el que encargó la cosa suministrado la materia, ocurrencias legales éstas que reglamenta la disposición en cita y que mal podía haber aplicado o tenido en cuenta el Tribunal para fundamentar en ella su sentencia. Si el recurrente quiso indicar en su demanda que Ceballos fue simple contratista y que en desarrollo de esta relación convenida implantó las mejoras por cuenta de los terceros que se citan, y de ahí quiere sacar consecuencias favorables a su causa, ha debido, como cuestión elemental, dar la prueba de su afirmación; si al mismo tiempo, considera y afirma, que Ceballos invirtió su calidad de contratista para tornarla en la de dueño de las mejoras contratadas, le correspondía también dar la prueba de esas circunstancias. El Tribunal a todo lo largo de la sentencia explica, cómo no se halla probado ni lo uno ni lo otro, y por qué en cambio deduce, que los autos dan cuenta de la realidad contraria, apreciaciones intocables hoy, en razón de que no señala el recurrente cuáles fueron los elementos probatorios interpretados con error por la Sala que falló este pleito.

Sin embargo, como el Tribunal, en un aparte de la sentencia dice que también absuelve, porque en el supuesto de que las mejoras las hubiese plantado Ceballos por cuenta de terceros, éste, por efecto legal las hizo suyas por no haberle pagado los contratantes el valor convenido ni suministrado lo necesario para hacerlas, considera la Corte que esta tesis es errónea, y por eso, cumpliendo su misión doctrinal la corrige, precisando, que todo individuo que se obliga a ejecutar alguna obra por cuenta de un tercero, así sea derribar una montaña baldía para fijar en el desmonte siembros, arrienda su servicio, enajena su trabajo, y esa obra viene a ser del comitente o del que contrató el servicio, a términos de que el que lo realizó, caso de que no se le cubra el valor convenido, sólo tiene un crédito personal para obtener la remuneración de su trabajo, pero en manera alguna un derecho real como es el de dominio y que pueda ejercitar sobre la cosa construída. Mas como la consideración de que se habla como sostenida por el Tribunal no fue el considerando único que dio base a la sentencia que se acusa, resulta inoperante o sin efecto el cargo, porque no es suficiente a imponer la determinación de que la Corte case la sentencia. El Tribunal — se repite — estimó con fundamento, que el demandante no había dado la prueba de que Ceballos había sido mero contratista, y que al vender cedió lo que no era suyo.

Tercer cargo. Se acusa la sentencia como violatoria del artículo 946 del Código Civil toda vez que la Sala falladora, dice el recurrente, haciendo nugatoria esta disposición niega la acción reivindicatoria, pretextando que en esta clase de juicios deben presentarse las cosas materia del litigio debidamente singularizadas y determinadas en su extensión, siendo como es imposible o casi imposible en casos como éste, donde bastaba decir que las mejoras materia del pleito están comprendidas dentro de los términos de la región baldía, para así cumplir con el requisito referente a la singularidad de la cosa objeto del litigio.

Se observa: la acción reivindicatoria, tiene como objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta, y ha de presentarse al fallador identificada claramente, con el objeto de precisar que lo que se reivindica por el demandante es lo mismo que posee el demandado. La parte demandante recurrente, pretende reivindicar unas mejoras agrícolas impuestas en terrenos del Estado, pero no las circunscribe por linderos especiales para determinar su singularidad y su extensión aproximada; dice simplemente, que están ubicadas dentro de los centenares de hectáreas del territorio conocido con el nombre de "La Bella", y da la alindación de toda la región baldía. Si es cierto, que en juicios reivindicatorios de mejoras en baldíos, entre colonos, no es necesario que se precise la cabida o área donde las mejoras existan ni que éstas se señalen o individualicen una a una y por riguroso inventario, como lo ha sostenido la Corte en sus fallos, es sí, esencialmente necesario para la eficacia de la acción, que se determinen la situación y linderos propios y precisos de esas mejoras, la naturaleza de cada una de éstas, en fin, su delimitación en relación con un terreno determinado. Pero el deman-

dante recurrente limitó su actividad procesal a alindar toda la región baldía, descuidando precisar la correspondiente a la cosa objeto del litigio, como si no hubiera en esos territorios otras mejoras, como si fuera el único colono, y para justificar este proceder alega simplemente que no le fue posible singularizar las mejoras que quiere reivindicar. A esto se observa, que cuando la cosa que se intenta reivindicar no se ha podido señalar de una manera precisa, no se ha podido determinar, no se puede decretar la reivindicación, la cual recae sobre cosa singular; y que no se singulariza, no se determina una cosa diciendo que está comprendida dentro de otra de mayor extensión. Se desprende de lo dicho, que no aparece violado en la sentencia recurrida el artículo 946 del Código Civil, y por esta razón no es fundada la causal de casación alegada.

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, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín con fecha catorce de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

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

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO EJECUTADO EN RIÑA PROVOCADA POR EL QUE MURIO — CUANDO PUEDE APRECIARSE UN HOMICIDIO COMO "DE LOS MENOS GRAVES" SEGUN EL CODIGO PENAL DE 1890 — QUE SE ENTIENDE POR "PROMOVER Y PROVOCAR UNA RIÑA"

1. En repetidos fallos ha dicho la Corte que cuando el veredicto del Jurado coloca el homicidio en alguna de las especies contempladas por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587 del Código Penal de 1890, queda al arbitrio del Juez decidir si debe estimarse o no tal homicidio como "de los menos graves" (inciso segundo del artículo 602, ibídem): y que si ello es del arbitrio o libre apreciación del juzgador de instancia, el hecho de que éste haya prescindido de calificar el homicidio como "de los menos graves" no es motivo de casación. Cuando el Jurado ha dicho que el acusado "es responsable después de recibir injurias y ser provocado a riña", la provocación a riña, expresamente reconocida por el Jurado, indica como aplicable entonces el artículo 602 del Código Penal citado. Si el veredicto se hubiese limitado a enunciar la circunstancia de las injurias solamente, en ese caso habrían quedado los juzgadores de instancia en libertad para considerar o no el homicidio como "de los menos graves" y para suavizar o no la pena, con la facultad discrecional que les da el inciso segundo del artículo 602; pero cuando se hace referencia a la riña provocada por el que murió, ya no es simplemente potestativo del Juez tener por atenuado el homicidio, sino que debe aplicarse el primer inciso del artículo 602. No haciéndose de esa manera hay indebida aplicación de la ley penal y la sentencia debe caer. No sería razonable en ese caso negarle su sentido o valor a la frase explicativa del veredicto y tampoco podría afirmarse que el inciso primero del artículo 602 del Código Penal de 1890 sólo tiene aplicación cuando el que murió fue el promotor de la riña por por medio de agresiones o injurias que hayan puesto al matador en el caso de provocar la riña. — 2. La ley no hace una distinción bien clara entre lo que sea promover y provocar una riña y así, por ejemplo, el artículo 668 del Código parece considerar sinónimos estos términos. Si debe imponerse la pena atenuada del artículo 602 al que mató en riña, aun en el caso de que el homicida la haya provocado, cuando fue el que murió quien la había provocado, "ya directamente, o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario, para que éste provoque la riña", con tanto mayor razón deberá aplicarse la pena atenuada si la riña que ocasionó el homicidio fue no sólo promovida sino también provocada por el que murió.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, doce de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Bernardino Neusa fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá a la pena de seis años de presidio, como responsable de la muerte de Pedro Plazas y con aplicación del artículo 600 del Código Penal de 1890, calificada la delincuencia en tercer grado.

Su defensor interpuso casación contra dicho fallo invocando al efecto las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento.

Como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Penal, si bien es cierto que se trata de negocio iniciado antes del prime-

ro de julio de mil novecientos treinta y ocho y por consiguiente sometido a la anterior legislación, la Sala tiene base para estudiar el fondo mismo del recurso no obstante haberse invocado causales de la Ley 94 de 1938, ya que la causal 1ª, alegada, resulta ser la misma en el nuevo Código y en la Ley 118 de 1931: violación de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación de ella.

La tesis del recurrente puede concretarse así:

El fallador de instancia aplicó el artículo 600 del Código Penal — homicidio simplemente voluntario — siendo así que debió haber aplicado el artículo 602 que se refiere a los casos menos graves dentro del delito de homicidio voluntario, puesto que el veredicto del Jurado declaró que el reo "sí es responsable después de recibir injurias y ser provocado a riña".

También sustenta el recurso la Procuraduría General.

La opinión del Ministerio Público aparece concretada en el siguiente pasaje de su vista:

".....no puede negarse que Bernardino Neusa fue injuriado gravemente en el honor de su madre por repetidas ocasiones y sin que de su parte mediase provocación alguna para PedroPlazas. Y como Neusa aceptó lealmente el reto de su provocador para batirse en una pelea franca, y en los momentos en que se disponía a cumplir su propósito fue cogido por Gregorio Mahecha, acto que aprovechó Plazas para hacerle una nueva provocación agarrándolo del saco y rompiéndoselo, resulta por demás claro que Neusa procedió bajo el impulso de la ira determinado por persistentes, graves e injustas agresiones de Plazas. Y como entre esas agresiones y la reacción homicida medió muy corto espacio de tiempo, reacción que casi entra en los límites del acto mismo, es preciso concluír que se trata de un homicidio voluntario de los menos graves, ya por la forma como ocurrieron los hechos, así como por las circunstancias que agregó el Jurado, indicativas claramente de que su propósito fue el de atenuar la situación jurídica de Neusa planteada en el auto de proceder.

"Por lo tanto, la disposición violada por el acusado es el artículo 602, y al no aplicarla el Tribunal infringió la ley penal, y resulta establecida la causal primera de casación".

Para resolver la Corte considera:

En repetidos fallos ha dicho la Sala que cuando el veredicto del jurado coloca el homicidio en algunas de las especies contempladas por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587 del Código Penal de 1890, queda al arbitrio del Juez decidir si debe estimarse o no tal homicidio como "de los menos graves" (inciso segundo del artículo 602 ibidem); y que si ello es del arbitrio o libre apreciación del juzgador de instancia, el hecho de que éste haya prescindido de calificar el homicidio como "de los menos graves" no es motivo de casación. De suerte que el recurso no podría prosperar por este solo aspecto de la causal que han alegado el recurrente y el señor Procurador Delegado.

Ocurre, sin embargo, en el caso de que se trata, que el Jurado dijo respecto del procesado Neusa que "sí es responsable después de recibir injurias y ser provocado a riña". Esta provocación a riña, expresamente reconocida por el Jurado, indica como aplicable el precitado artículo 602; y por este aspecto sí resulta fundada la causal primera y el recurso prospera.

Si el veredicto se hubiese limitado a enunciar la circunstancia de las injurias —graves por cierto— que al procesado le causó Pedro Plazas, los juzgadores de instancia habrían quedado en libertad para considerar o no el homicidio como de los "menos graves" y para suavizar o no la pena, con la facultad discrecional que les da el inciso segundo del artículo 602. Pero habiendo mediado además una riña provocada por el que murió, ya no era simplemente potestativo del Juez tener por atenuado el homicidio, sino que debía aplicar el primer inciso del artículo 602. Y como no se hizo de esa manera, hubo indebida aplicación de la ley penal y la sentencia debe caer.

No sería razonable en este caso negarle su sentido o valor a la frase explicativa del veredicto.

Y tampoco podría afirmarse que el inciso primero del artículo 602 del Código Penal de 1890 sólo tiene aplicación cuando el que murió fue el promotor de la riña por medio de agresiones o injurias que hayan puesto al matador en el caso de provocar la riña.

La ley no hace una distinción bien clara entre lo que sea promover y provocar una riña y así, por ejemplo, el artículo 663 del Código parece considerar sinónimos estos términos.

Ahora bien: si debe imponerse la pena atenuada del artículo 602 al que mató en riña, aun en el caso de que el homicida la haya provocado, cuando fue el que murió

quien la había promovido, "ya directamente, o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario, para que éste provoque la riña", con tanto mayor razón deberá aplicarse la pena atenuada si la riña que ocasionó el homicidio fue no sólo promovida sino también provocada por el que murió, como ocurrió en el caso de autos según el veredicto del Jurado.

Al invalidar el fallo por la causal 1ª de casación incumbe a la Corte dictar el que debe reemplazarlo y a ello se procede.

La delincuencia debe calificarse en tercer grado porque, como lo dicen el Juez a quo y el Tribunal, no hay circunstancias agravantes y sí las atenuantes de buena conducta anterior, no haber cometido antes delito Bernardino Neusa, y la ignorancia y baja posición social de éste.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo en el fondo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veintidós de junio de mil novecientos treinta y nueve que impuso a Bernardino Neusa la pena principal de seis años de presidio, como responsable de la muerte de Pedro Plazas; y en su lugar condena al mismo Bernardino Neusa a la pena de tres años de reclusión por ese delito de homicidio.

Como parte cumplida de dicha pena se tendrá el tiempo que el procesado haya permanecido en detención preventiva.

Condénase, además, a Bernardino Neusa, a la suspensión indefinida de los derechos políticos; a la pérdida de todo empleo oficial y de toda pensión pagadera por el Tesoro Público, a la pérdida del arma con que cometió el delito (la cual se aplicará al Estado como multa), y al pago de las costas procesales.

Por el Juzgado del conocimiento se cumplirá lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto número 944 de 1934, sobre anotación de esta sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre—Absalón Fernández de Soto—Julio E. Argüello R., Srio.

SE CONDENA A UN JUEZ POR INTERVENCION EN LA POLITICA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

El Tribunal Superior de Popayán consulta con la Corte la sentencia proferida en la causa contra el doctor José Rafael Velasco R. como infractor del artículo 18 de la Ley 105 de 1931, intervención en debates políticos, siendo Juez del Circuito de Silvia en ejercicio.

Al negocio se le ha dado los trámites legales y ha llegado el momento de resolver, para lo cual se considera:

Dicen los autos que el doctor José Rafael Velasco R., siendo Juez, en ejercicio del Circuito de Silvia, en el año de mil novecientos treinta y siete, concurrió a una convención política que se reunió allí, como delegado por tal municipio, y presidió dicha reunión la cual tenía, entre otras finalidades políticas, la de acordar candidatos para la Asamblea del Departamento del Cauca o delegados a la convención liberal de ese Departamento.

El doctor Velasco R. tuvo actuaciones políticas ostensibles, y él mismo las confiesa, como la de presidir la convención de Silvia, comunicar a los elegidos su designación y convocarlos a una junta en determinada fecha en Popayán para funciones puramente políticas de carácter partidarista.

El Tribunal hizo un estudio muy minucioso de las piezas del sumario y de ese análisis sacó la conclusión de que el doctor Velasco R. es responsable de haber infringido la prohibición terminante del citado artículo 18 de la Ley 105 de 1931, por lo cual debe aplicársele la sanción establecida en el artículo 528 del Código Penal de 1890, que es la ley coetánea del hecho.

Y como el sindicado doctor Velasco R. no logró en sus alegaciones desbaratar los cargos por la actuación ya descrita, el Tribunal lo condenó a la pena de multa de ocho ($ 8.00) pesos a favor del Tesoro Público.

La Corte encuentra la providencia del Tribunal Superior de Popayán fundada en la ley y en las pruebas del proceso, y considera que además de ser justa por lo que hace al doctor Velasco tiende a separar la administración de justicia de la política militante para que así inspire mayor confianza a todos los asociados.

El señor Procurador Delegado en lo Penal solicita la confirmación del fallo consultado pero observa, atinadamente, que la sanción principal debe adicionarse con la accesoria de pago de costas procesales, de acuerdo con el artículo 86 del Código Penal de 1890.

Por 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, CONFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Popayán de fecha catorce de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, que condenó al ex-Juez del Circuito de Silvia, doctor José Rafael Velasco R. al pago de multa de ($ 8.00) pesos al Tesoro Nacional, por indebida intervención en la política, adicionando tal fallo en el sentido de condenar, además, al mismo doctor Velasco R. al pago de las costas procesales.

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

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto — Julio E. Argüello, Srio.

APLICACION DEL ARTICULO 153 DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

No siempre constituye abuso de autoridad ni menos prevaricato el hecho de que el fallador emplee un "lenguaje incorrecto", que sí es impropio de la seriedad y mesura en las providencias judiciales.

Se dice también en el auto de la Corte que pronunciado el fallo definitivo de segunda y última instancia, es injurídica la declaración de nulidad del juicio por el mismo Juez o Tribunal que sentenció.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

* * *

Pasa la Corte a estudiar cómo debe fenecerse este proceso por prevaricato y abuso de autoridad, delitos que denunció el doctor Julio César Camargo ante la Sala de Casación Penal, el 23 de enero último, contra los Magistrados del Tribunal Superior de Tunja, doctores Cayo o Cayetano Moreno Medina, Luis María Ortiz y Luis Felipe Rincón Castro.

* * *

Resultando:

1º Que la Sala de Decisión formada por aquellos magistrados condenó a Alejandro Leguizamón, por hurto, a la pena principal de cuarenta meses de prisión, el dos de noviembre de mil novecientos treinta y nueve;

2º Que el defensor del reo, doctor Camargo, el tres de ese mes y año, al darse por notificado del fallo lo objetó en el sentido de que no se hallaba establecida la identidad de Leguizamón para los efectos de una reincidencia computada, y de que no se citó a las partes para sentencia, requisito "que no puede omitirse";

3º Que el Tribunal, entonces, en auto del nueve del mismo mes de noviembre, anuló lo actuado desde el fallo, por la causa que consigna el ordinal 5º, artículo 264, Ley 57 de 1887;

4º Que el defensor solicitó reposición del auto fundándose en que la sentencia de dos de noviembre era intocable por quienes la pronunciaron. "Dejo constancia, dice el doctor Camargo, que yo no he pedido que se decrete nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de fecha dos del presente mes, petición que me abstuve de hacer porque la sentencia dio término al juicio criminal;

5º Que el Tribunal negó la reposición y en la parte motiva escribió: "Entró este proceso al despacho para dictar un auto de sustanciación. Y en lugar de hacer eso, se dictó sentencia definitiva omitiendo la audiencia pública. Antes de que la sentencia se ejecutoriara el defensor reclamó la omisión que causaba nulidad para llenar la formalidad pretermitida. Y ahora que se dictó el auto enderezando lo mal tramitado, salta nervioso el mismo defensor a pedir revocatoria o reposición de esa providencia alegando que la sentencia ya dictada no se puede revocar ni reformar por el mismo juez que la pronuncia. Qué es lo que pasa? Es que el doctor Julio César Camargo está pensando que la administración de justicia es un juego de muchachos, o que él es monitor del Tribunal, o que es sabihondo sin cuyas luces no puede esta entidad fallar? Lea el artículo 20, Ley 135 de 1888, que lo desautoriza. Cualquier picapleitos sabe la diferencia sustancial que existe entre una reforma o revocatoria de una sentencia y una nulidad en el procedimiento. Aquéllas miran al fondo del contenido del fallo definitivo; ésta mira a la validez del procedimiento empleado en el juicio. En todo tiempo y en todo procedimiento puede anularse la tramitación de un juicio antes de ejecutoriarse la sentencia que pone fin a él. Y éste fue el principio que el Tribunal creyó invocado por el defensor al anotar la falta de la audiencia pública. Y dice el Tribunal que creyó, porque considera que el defensor de los acusados debe ser un auxiliar de la justicia, y no un elemento agazapado detrás de los incisos de la ley con un carbón en la

mano para tiznar todo lo que él cree hacer mejor.....";

6º Que el doctor Camargo denunció a los magistrados Moreno Medina, Ortiz y Rincón Castro, porque "el lenguaje incorrecto" que emplearon "pone de manifiesto la animadversión hacia el defensor..... y constituye también un abuso de autoridad por haberse excedido en el ejercicio de sus funciones", aludiendo el denunciante a los artículos 168 y 171 de la Ley 95 de 1936;

7º Que se trajo al expediente la prueba que acredita el carácter oficial de los magistrados referidos;

8º Que la Sala de Casación Penal de la Corte conoce en única instancia de las causas de responsabilidad que se sigan a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia (ordinal 6 del artículo 42, Ley 94 de 1938); y

9º Que el señor Procurador opina que es el caso de aplicar el artículo 153 del nuevo Código de Procedimiento Penal, pues no delinquieron los procesados.

* * *

Considerando:

a) Cualquiera persona entendería, y entiende, que las objeciones del doctor Camargo, el 3 de noviembre, en relación con la sentencia de que se hacía "expresamente sabedor", llevaban implícito un pedimento de nulidad que el Tribunal declaró, ciertamente fuera de tiempo para decretarla, puesto que ningún precepto legal le permitía hacer lo que hizo ya pronunciado el fallo definitivo de segunda y última instancia;

b) Mas la declaratoria de nulidad, tan inoportuna, no fue otra cosa que una lógica consecuencia del reclamo del defensor, a quien el Tribunal le concedió lo que tácitamente pedía;

c) De allí que el Tribunal se sorprendiese ante la actitud insólita del defensor que hizo uso de un recurso para lograr que se repusiera un proveído que consultaba sus aspiraciones, ya que el decreto de nulidad abría amplio campo a su justo querer de corregir las irregularidades en perjuicio de Alejandro Leguizamón, cliente del doctor Camargo;

d) El auto en que se negó la reposición contiene, a no dudarlo, un "lenguaje incorrecto" que no se compadece con la seriedad y mesura de las providencias judiciales, pero en el cual no hay ni sombra de prevaricato ni de abuso de autoridad, como fácilmente se colige de las voces que traen los artículos 168 y 171 del C. P. de 1936, y de las circunstancias que al auto antecedieron; y

e) Como no han existido los hechos de que se acusa a los doctores Moreno Medina, Ortiz y Rincón Castro, es preciso acceder a la solicitud del señor Procurador.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, en armonía con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no existen los delitos de prevaricato y abuso de autoridad que les atribuyó el Dr. Julio César Camargo a los Magistrados del Tribunal Superior de Tunja, Dres. Cayo o Cayetano Moreno Medina, Luis María Ortiz y Luis Felipe Rincón Castro, y dispone que cese todo procedimiento contra ellos.

Lo que toca con la publicación en el periódico "El Vigía" (alteración de una partida de bautismo), de que hablan el denunciante a fs. 13 v. y el señor Procurador a fs. 21, es materia de un proceso ya iniciado, según el informe anterior de la Secretaría.

Notifíquese, cópiese y archívese.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto— Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

1º Cuándo y en dónde se entiende consumado el abuso de confianza? Es en el momento y en el lugar en que se manifieste por actos postivos el ánimo o la intención o el propósito de apropiarse el agente en provecho suyo o de un tercero, la cosa mueble ajena que se le entregó por un título no traslaticio de dominio, si se tratare del caso que contempla el artículo 412 del Código Penal de 1936; y

2º La colisión de competencias no la pueden suscitar sino aquellos Jueces o Tribunales que sean competentes, por *la naturaleza del hecho*, para conocer del negocio en primera instancia.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, julio treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

* * *

Vistos:

El siete de marzo último inició la presente investigación el alcalde de Montenegro (Caldas) contra Miguel o José García, por abuso de confianza, habiéndose suscitado luégo una colisión de competencias, de carácter negativo, entre los Jueces de los Circuitos penales de Armenia, en el Distrito Judicial de Manizales, y Sevilla, en el Distrito Judicial de Cali, provocada por el primero y que el segundo no aceptó.

Procede ahora la Corte a resolver de plano lo que estima legal en el asunto.

* * *

Resultando:

1º El veinticinco de febrero del año en curso llegó Miguel o José García a la hacienda "Guatemala", en el municipio de Montenegro, y pidió trabajo. Se le dio qué hacer y el veintiocho del mismo mes preguntó si era necesario traer maíz de una roza, y como se le contestara afirmativamente, cogió dos machos o mulos, los aparejó con sendas enjalmas nuevas y sus rejos o lazos y se fue a cumplir la tarea de transortar el maíz;

2º García no volvió a la hacienda sino que llevó los animales al municipio de Sevilla y allí los enajenó a Eduardo González en ciento diez pesos, vendiéndole a la vez las enjalmas a Marco Tulio Osorio, no se sabe en cuánto;

3º El dueño de la finca "Guatemala", de nombre Joaquín Pablo Montoya, recuperó las bestias y las enjalmas, cosas todas que los peritos de fs. 8 avaluaron en ciento veinticinco pesos;

4º Sostuvo el alcalde de Montenegro que la infracción "tuvo término" en Sevilla y que allí debía instruírse el sumario, y el alcalde de Sevilla alegó que el hecho habíase cometido en Montenegro y que al alcalde de este municipio le tocaba seguir las averiguaciones;

5º El Juez del Circuito Penal de Armenia con jurisdicción en Montenegro, escribió: "..... el delito de abuso de confianza se consumó en el municipio de Sevilla, Valle, y corresponde avocar el conocimiento del presente negocio a las autoridades de aquella ciudad. Con tal fin, envíese al señor Juez Penal de aquel Circuito.....";

6º Replicó el Juez del Circuito Penal de Sevilla que el abuso de confianza se perpetró en Montenegro, cuyo Juez Municipal era el competente para conocer del proceso, y el Juez del Circuito Penal de Armenia, quien convino en que concernía el conocimiento a un Juez Municipal, reafirmó su aserto de que el abuso se realizó en el municipio de Sevilla y promovió competencia negativa al otro juez; y

7º No aceptó el provocado las razones del contendor y remitió el expediente a la Corte.

* * *

Considerando:

a) A pesar de que es función privativa

de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la decisión de las competencias que ocurran en procesos criminales entre dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales (ordinal 4º del artículo 42, Ley 94 de 1938), la Corte no podrá ejercer en este caso concreto dicha función por el claro y poderoso motivo de que hablará más adelante;

b) Según los datos que hasta el presente arroja la investigación se trata de un abuso de confianza que cometió Miguel o José García al apropiarse en provecho suyo los bienes muebles ajenos que se le confiaron o entregaron por un título no traslaticio de dominio, apropiación que se caracterizó en el momento en que hubo celebrado los contratos de compraventa de los animales y sus aparejos, porque fue entonces cuando se reveló en actos positivos el ánimo o intención de apropiarse García las cosas;

c) Quizá diríase que se perfila una estafa pensando en que el procesado empleó un artificio para tener en sus manos o en su poder los semovientes, puesto que infunde sospechas su pregunta oficiosa de si era necesario traer maíz del sembrado a la casa de la hacienda. Mas tal delito no existe porque sólo hay la posibilidad de un engaño; porque esa posibilidad a lo sumo sugeriría el propósito que abrigaba el agente; porque a nadie indujo en error para hacerse entregar las bestias, y porque era del giro ordinario del trabajo en la finca de Montoya, como es natural, el transporte del maíz en una u otra forma, circunstancia esta última que encuadra el abuso de confianza de García, el cual abuso es eso precisamente en la contingencia especial estudiada: que a alguna persona se le entregue o confíe una cosa mueble por razón de la certidumbre que ofrece de que no dispondrá de la cosa que se le da o se le deja llevar para determinados fines que no comprenden un título traslaticio de dominio;

d) Importa mucho aquí la fijación exacta del hecho que se le atribuye a Miguel o José García, ya que si no fuese abuso de confianza sino estafa, el Juez competente para conocer sería uno de Circuito, por la cantidad de pena de prisión que señala el artículo 408 de la Ley 95 de 1936, cantidad mayor que el límite máximo del ordinal 2º, artículo 48 de la Ley 94 de 1938 (ordinal 1º del artículo 47, ibídem);

e) Por tratarse de un abuso de confianza en cuantía de ciento veinticinco pesos y con pena de seis meses a tres años de prisión (artículo 412 del Código de la materia), del delito de García toca conocer a un Juez Municipal, por reunirse las dos condiciones del citado artículo 48, inciso 2º, del C. de P. P.;

f) Así el problema, los señores Jueces de los Circuitos penales de Sevilla y Armenia suscitaron una inadmisible colisión de competencias. "Hay colisión de competencias cuando dos Jueces o Tribunales consideran que a cada uno de ellos exclusivamente le corresponde el conocimiento de un asunto criminal, o cuando se niegan a conocer de él por considerar que no es de la competencia de ninguno de ellos", manda el artículo 65 de la Ley 94 de 1938. Y el conocimiento del proceso contra Miguel o José García no corresponde ni al Juez del Circuito Penal de Sevilla, ni al de igual categoría de Armenia. Corresponde o al Juez Municipal de Montenegro o al Juez Municipal de Sevilla, y son éstos y no más que éstos, si también ellos intentaren debatir sobre competencia, quienes podrían establecer la colisión para que la Corte la decida, por pertenecer dichos juzgados a distintos Distritos Judiciales;

g) Enviado a la Corte el negocio por el señor Juez del Circuito Penal de Sevilla, a él se le devolverá para que lo pase al Juez Municipal respectivo; y

h) Ha debido no suspenderse la investigación sumaria, según los preceptos de los artículos 69 y 70 de la referida Ley 94 de 1938.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de decidir la colisión de competencias que se promovió entre los Jueces de los Circuitos Penales de Armenia y Sevilla.

Devuélvase el expediente al Juez provocado para que lo remita al Juez Municipal a quien corresponda conocer.

Cópiese y cúmplase.

Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL JUZGAMIENTO DE LOS JUECES DE TIERRAS CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL

El Decreto 588 de 1937, fue dictado en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 200 de 1936 y ese decreto dividió el territorio nacional en "circuitos judiciales de tierras", con lo cual se determinó el carácter y categoría legales de los Jueces de Tierras como Jueces de Circuito.

Aun cuando el Código de Procedimiento Penal no atribuye de modo expreso a determinadas autoridades el juzgamiento de los Jueces de Tierras, como el artículo 158 de la Constitución dice que "la responsabilidad de los jueces inferiores se hará efectiva ante el respectivo superior", la entidad competente para juzgar a los Jueces de Tierras es el respectivo Tribunal de Distrito Judicial, por ser "el respectivo superior" de que habla la Carta, puesto que conoce y falla en segunda instancia los asuntos de que conoce en primera el Juez de Tierras.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, doce de agosto de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El señor Procurador Delegado en lo Penal pide a la Sala reposición del auto que dictó ella con fecha diez y seis de febrero de este año, por medio del cual dispuso que no es a la Corte sino al respectivo Juzgado de Circuito a quien corresponde conocer de las diligencias sumarias iniciadas contra el doctor Guillermo Preciado por cargos que se le formularon en relación con el ejercicio de funciones como Juez de Tierras que era de Chaparral.

Resultando:

Alega el señor Procurador que los Jueces de Tierras están asimilados a Jueces de Circuito, pues aun cuando la Ley 200 de 1936 no les asignó ese carácter, el Decreto reglamentario de ella, en su artículo 1º dividió el territorio de la República en "Circuitos Judiciales de Tierras, con un Juzgado en cada uno de ellos".

Y agrega el señor Procurador que el artículo 5º del mismo Decreto dispuso que a los Jueces de Tierras les "son aplicables las disposiciones del Título I, Libro I de la Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil, así como las del Capítulo I del Título VI del mismo Libro", con lo cual, en sentir de la Procuraduría, aquellos funcionarios quedan incluídos en la lista de los Tribunales y Jueces que ordinariamente administran justicia, sin que deban considerarse como miembros de ninguna jurisdicción extraordinaria.

Considerando:

1º Insiste la Sala en que en materia de jurisdicción ella tiene que aparecer determinada de manera precisa por la ley, y que no es posible asignarla por analogía; y es verdad que ni el nuevo Código de Procedimiento Penal, ni la Ley 200 de 1936 atribuyen expresamente a la Corte ni a los Tribunales la facultad de juzgar a los Jueces de Tierras.

2º En tales circunstancias, si el Decreto 588 de 1937 que dividió el territorio nacional en "Circuitos Judiciales de Tierras" fuese un decreto meramente reglamentario, no sería aceptable que por simple disposición del Organo Ejecutivo del Poder Público se asignase carácter y categoría legales a los Jueces de Tierras.

Pero ocurre que la Ley de Tierras, en su artículo 28 revistió al Presidente de facultades extraordinarias "para determinar los Juzgados de Tierras que deben funcionar, el lugar de su residencia, territorio dentro del cual deban ejercer jurisdicción", etc.; de suerte que las disposiciones del Decreto 588 de 1937 citadas por el señor Procurador no son simplemente reglamentarias de la Ley 200 sobre Tierras sino expedidas por especial delegación que el Con-

greso hizo en el Presidente de la República; y preciso es convenir que, en tales circunstancias, el razonamiento del señor Procurador resulta fundado.

3º Por otra parte, fuera de las razones que la Procuraduría aduce debe tenerse en cuenta esta otra:

El artículo 158 de la Constitución Nacional dispone que "La responsabilidad de los jueces inferiores se hará efectiva ante el respectivo superior".

No es necesario advertir que este precepto sería de imperiosa aplicación, aun en caso de incompatibilidad entre él y la ley; y con mayor razón en caso de ambigüedad del texto legal, y teniendo en cuenta el Decreto dictado en uso de facultades extraordinarias.

4º Y aun cuando los Jueces de Tierras son elegidos por la Corte Suprema, esta sola circunstancia no da a la Corte el carácter de "respectivo superior" con relación a dichos jueces.

En efecto: el parágrafo del artículo 25 de la Ley 200 de 1936 establece que "los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocerán por apelación de todos los asuntos de que conocen en primera instancia los Jueces de Tierras". De manera que los Tribunales de Distrito Judicial son los superiores de dichos jueces.

5º Por consiguiente a los Tribunales corresponde juzgarlos, de conformidad con el artículo 158 de la Constitución.

Es, pues, procedente la reposición que solicita el señor Procurador Delegado en lo Penal y en tal virtud la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto proferido por ella con fecha diez y seis de febrero último, y en su lugar dispone que se remitan estas diligencias al Tribunal Superior de Ibagué por ser la entidad competente para juzgar el ex-Juez de Tierras de Chaparral.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto — Julio E. Argüello R., Srio.

RESPONSABILIDAD DE LOS GOBERNADORES POR INFRACCION DE LA CONSTITUCION O DE LAS LEYES — AUTO DE DETENCION DE EMPLEADOS PUBLICOS — CAUSALES DE JUSTIFICACION DE LOS HECHOS DELICTUOSOS

1. La ley sobre procedimiento penal ha dispuesto, por razones de orden administrativo, que el auto de detención de un sindicado o procesado, que ejerce funciones públicas, no se lleve a cabo sin obtener previamente que éste sea suspendido del respectivo empleo. 2. Formulada la solicitud de suspensión de un empleado público, con arreglo a la ley, ella debe ser decretada. El funcionario o entidad a quien ha sido dirigido, por corresponderle el nombramiento y remoción del empleado, no está facultado para examinar sus fundamentos jurídicos, y menos lo está para negar la solicitud. Esta clase de providencias son por su naturaleza de ineludible cumplimiento, pues la ley no puede dejar al buen criterio del superior del empleado el acceder o no a la suspensión. Si el auto de detención carece de base legal, la responsabilidad que ello apareja es exclusiva del funcionario que lo dictó. La responsabilidad de los empleados públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas es principio que, en los regímenes constitucionales, garantiza la separación y funcionamiento armónico de los diferentes órganos del Poder Público. Las funciones de los Gobernadores están limitadas en la Constitución y en la ley. Dentro del deber general que tienen de auxiliar la justicia está el de suspender, por motivo criminal, a los empleados de su dependencia, a petición de autoridad competente. De suerte que no pueden, sin quebrantar las normas orgánicas de la administración, negar su concurso a las autoridades judiciales para la efectividad de sus providencias, o hacer nugatorias éstas, omitiendo lo que según la ley les corresponde y es indispensable para que la decisión judicial se cumpla. — 3. Ni la ley penal de 1890 ni el nuevo Código exigen dolo o intención especial para sancionar una infracción consistente en no cumplir un Gobernador la orden de suspensión de un alcalde, emanada de un funcionario instructor. La naturaleza de ella implica que se reprima atendiendo sólo a la omisión en el ejercicio de las funciones o a la extralimitación de éstas. El hecho es de suyo antijurídico, sin que pierda ese carácter por la calidad de los móviles o por la intención del agente, o por las consecuencias benéficas o nocivas, justas o injustas respecto de los particulares afectados por el acto. El resultado perturbador del orden jurídico que éste produce, le ha bastado a la ley para considerarlo punible.—4. Según el artículo 25 del nuevo Código Penal, la legítima defensa comprende no sólo los bienes materiales sino también los morales, que deben ser protegidos por la ley en en la misma medida que el derecho a la vida. Pero la incorporación en el derecho positivo de tales bienes no suministra en modo alguno base para deducir que, a diferencia de la antigua, la nueva ley introduce una modificación al principio de la legítima defensa, en el sentido de justificar la resistencia contra los actos de los agentes de la autoridad, cuando el que resiste considere que el acto vulnera su libertad, o la de un tercero. Tanto el antiguo como el nuevo estatuto penal exigen para legitimar el hecho, que haya sido necesario ejecutarlo por causa de una agresión o violencia injusta. Tratándose de providencia emanada de un funcionario — y más si éste pertenece al órgano judicial del poder público — es inaceptable calificar de agresión o de violencia injusta lo que no es otra cosa que el normal ejercicio de la autoridad. No puede reputarse como acto de agresión o de violencia injusta el de una autoridad judicial que ordena la suspensión de un empleado público, para que sea lícito resistir el cumplimiento de su solicitud.—5. Las pruebas judiciales se presumen auténticas y verdaderas mientras no se demuestre en juicio contradictorio que son apócrifas o que su contenido es falso.—6. Los posibles errores de un funcionario de instrucción sólo puede corregirlos el respectivo superior dentro de la jerarquía ju-

dicial, y de ningún modo el Gobernador de un Departamento, ni otro funcionario administrativo, por elevada que sea su categoría. — 7. Conforme a los nuevos principios de la doctrina de la defensa social en que se inspira la Constitución de 1936, la defensa de las personas y de sus bienes es función propia del Estado, adscrita a uno de sus órganos, y sólo se justifica la defensa privada, en su forma individual, dentro de los extremos que dan lugar a ella, según la ley. El predominio de la defensa social sobre la individual es la tesis moderna que viene cabalmente a rectificar la antigua teoría del individuo contra el Estado. — 8.—El artículo 9º de la Constitución de 1936, que modifica el 19 de la de 1886, no es otra cosa que una síntesis de los deberes del Estado, sin que por razón de su doctrina, ni por ninguna otra, pueda interpretarse en el sentido de que las autoridades, o los funcionarios con *autoridad*, tengan indistintamente, cualquiera que sea el orden a que pertenezcan, una facultad propia, común a todos, en lo que concierne a la protección y seguridad social, cuyo uso quede al prudente arbitrio de tales funcionarios. El carácter de autoridad del funcionario que rechaza la providencia de otra autoridad que actúa dentro de su órbita legal, no modifica ni excluye la responsabilidad. Precisamente ese carácter, en el autor del hecho, es el elemento constitutivo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Absalón Fernández de Soto).

* * *

Vistos:

La señora Helena de Mier v. de Vengoechea, en escrito fechado en Santa Marta el 18 de junio de 1938 dirigido a la Corte, denunció al doctor Pedro Castro Monsalvo, a la sazón Gobernador del Magdalena, por el hecho de no haber suspendido al señor Luis Jorge Lafaurie del cargo de Alcalde de Ciénaga, como se lo solicitó el señor Juez Primero de este municipio, por motivo criminal.

Repartido tal denuncio, el Magistrado sustanciador, en auto de 28 de septiembre de dicho año, lo acogió y ordenó iniciar de oficio la investigación, por tratarse de infracción que no requiere, para que prospere la acción penal, querella o petición de parte, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9º del nuevo Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso de acuerdo con el artículo 722, ibídem.

Resultando:

1º El Juez Primero Municipal de Ciénaga, Departamento del Magdalena, en diligencias sumarias para averiguar el delito de daño en propiedades ajenas que hubiera podido cometer el Alcalde de dicho municipio, señor Luis Jorge Lafaurie, por auto de 21 de marzo de 1938 decretó arresto contra éste y para llevarlo a efecto pidió al Gobernador del Departamento la suspensión de Lafaurie del cargo que desempeñaba.

2º El auto en referencia dice así:

"Juzgado Primero Municipal. — Ciénaga, marzo 21 de 1938. — Señor Gobernador del Departamento. — Santa Marta.— Me permito transcribir a usted el siguiente auto proferido en las diligencias sumarias para averiguar si el Sr. Luis Jorge Lafaurie, Alcalde de este municipio es responsable del delito de daños en propiedad ajena: "Juzgado Primero Municipal, Ciénaga, marzo veintiuno de mil novecientos treinta y ocho. — En las presentes diligencias informativas para averiguar si el señor Luis Jorge Lafaurie, Alcalde de este municipio, es responsable de la comisión del delito de daños en propiedad ajena, para resolver si es el caso de decretar la prisión preventiva del expresado señor Lafaurie, se considera: Por haber denunciado la señora Helena de Mier de Vengoechea que el señor Luis Jorge Lafaurie, Alcalde Municipal, se introdujo por la fuerza en la hacienda de Toribio, de propiedad de dicha señora, y destruyó con tacos de dinamita una casa de la referida señora, se trasladó el personal de este Juzgado al lugar del suceso, con el objeto de investigar de cerca el hecho denunciado. Allí se recibieron declaraciones a los señores Jorge Alvarez, Jorge Ledezma, José María Leyva y otros como testigos presenciales de los hechos, y Alvarez y Ledezma declaran que ellos oyeron al señor Luis Jorge Lafaurie impartir la orden a unos empleados del ferrocarril, para que hicieran taladros,

introducir en ellos tacos de dinamita y prender las mechas, y vieron cuando la casa voló hecha pedazos, estando presente el señor Lafaurie, acompañado de varios agentes de la policía municipal y del señor Enrique Castañeda; también afirman los testigos presenciales que la casa destruída con dinamita estaba habitada por ellos, y que al señor Manuel de Vengoechea se le sacó de la casa a viva fuerza por el señor Lafaurie, lo mismo que a los testigos; practicada una inspección ocular con intervención de peritos, se constató la destrucción de la casa en referencia, y que el lugar donde estaba construída queda dentro de los linderos de la hacienda de Toribío, de propiedad de la señora de Vengoechea, según la escritura pública número 152 que obra en autos, presentada por la expresada señora con su denuncio; el delito que se investiga conforme al artículo 866 del C. Penal tiene pena de presidio, y en este caso, el sindicado es acreedor a la detención preventiva de acuerdo con el artículo 340 de la Ley 105 de 1890. En atención a las consideraciones, se resuelve: Decrétase contra el señor Luis Jorge Lafaurie arresto. Como el sindicado está en ejercicio de las funciones de Alcalde de este municipio, pídase su suspensión al señor Gobernador del Departamento, de acuerdo con el artículo 72 de la Ley 4 de 1913, y que ponga al sindicado a la orden de este Juzgado con las seguridades del caso. Transcríbase este auto al señor Gobernador del Departamento. — Cúmplase. M. Charris C. — El Secretario, Luis González Tejada. — Para su cumplimiento he transcrito a usted el auto anterior. — Sírvase acusar recibo.—De usted atento servidor, M. Charris C., Juez 1º Municipal".

3º El señor Gobernador, doctor Pedro Castro Monsalvo, negó la suspensión pedida, en resolución de fecha 5 de abril del mismo año, que a la letra dice:

"Gobernación del Departamento. — Secretaría de Gobierno.— Santa Marta, abril 5 de 1938. — En oficio número 73 de 21 de marzo del presente año, transcribe el señor Juez Primero Municipal de Ciénaga la providencia dictada por él de la misma fecha y en la cual ordena pedir a este Despacho la suspensión del señor Luis Jorge Lafaurie del ejercicio del cargo de Alcalde de Ciénaga. En la referida providencia se impone al señor Luis Jorge Lafaurie la pena de arresto, y por otra parte, aparece que 'el delito que se investiga conforme al artículo 876 del Código Penal tiene pena de presidio' (10 a 12 años). Antes de entrar a resolver la solicitud que emana de la providencia dictada por el señor Juez Primero Municipal de Ciénaga el día 21 de marzo pasado, este Despacho tiene en cuenta lo siguiente: 1º El artículo 119 del Código Judicial dice: "Son atribuciones de los Jueces municipales: 1ª, 2ª, 3ª, 4ª Entender en primera y única instancia, según los casos, en las causas criminales que se sigan por delitos contra la propiedad, cuya cuantía exceda de veinte pesos, sin pasar de ciento cincuenta: por la extracción o apertura indebida de la correspondencia por particulares; por heridas, golpes o malos tratamientos de obra, cuando la incapacidad no pasa de ocho días, y no queda lesión o defecto físico; por riñas o peleas y por uso o daños en propiedades ajenas, exceptuando los que provengan de incendio, o los que se castiguen con penas de presidio y reclusión". Como se ve los Jueces Municipales no tienen facultad para conocer de aquellos delitos que tienen pena de reclusión o de presidio según lo dispuesto de manera terminante por la disposición antes copiada, y según se desprende del oficio que se estudia, el Juez Primero Municipal de Ciénaga está conociendo de un delito que tiene como base la aplicación de la pena impuesta en el artículo 866 del Código Penal, que es de 10 años de presidio. La Ley 4ª de 1913 en su artículo 72 dice: "cuando se solicite del Poder Ejecutivo la suspensión de un empleado, por motivo criminal, se le acompañará copia del auto en que se le llame a juicio o se ordene su detención, y copia de la filiación si esto fuere posible". De la disposición anterior se desprende que, la solicitud de suspensión que se hace por un funcionario al hoy llamado Organo Ejecutivo, debe hacerse con base en el auto en que se le llame a juicio, o en el que se ordene su detención; y así en esta forma clara y terminante el empleado del Organo Ejecutivo debe cumplir la orden del Juez y ordenar la suspensión. Pero en el caso que se estudia, la cuestión es diferente, porque no se trata de un auto en que se llame a juicio a un ciudadano que actualmente desempeña un cargo público, ni se ordena la detención de este mismo ciudadano; sino que se le impone la pena de arresto por una parte, y por otra, se le adelantan diligencias por un delito que merece pena de presidio, y esto lo hace un funcionario que dentro de sus atribuciones, no tiene la de conocer de los delitos que se castigan con pena de presidio o reclusión. Hechas las anteriores considera-

ciones y teniendo en cuenta este despacho las disposiciones arriba citadas, no se accede a suspender al señor Luis Jorge Lafaurie del ejercicio del cargo de Alcalde Municipal de Ciénaga. Comuníquese al señor Juez citado.—Pedro Castro Monsalvo. El Secretario de Gobierno, Francisco Pazodi".

4º En vista de tal resolución, el Juez insistió en su solicitud, ampliándola y aclarándola en los siguientes términos:

"Juzgado Primero Municipal. — Ciénaga, abril 28 de 1938.—Señor Gobernador del Departamento.—Santa Marta. — Adjunto al oficio número 978 de usted de fecha de ayer, he recibido su providencia de 5 del presente mes, relacionada con la suspensión del señor Luis Jorge Lafaurie del empleo de Alcalde de este municipio, pedida por este despacho. El auto que se le transcribió a usted por medio del oficio número 73 de 21 del mes de marzo próximo pasado, no es imponiéndole pena de arresto al señor Lafaurie como usted lo afirma en su providencia de 5 de este mes. Ese auto es de detención preventiva, y, el término arresto se usa en estos autos lo mismo que puede usarse el de detención, conforme al artículo 340 de la Ley 105 de 1890. Hago saber a usted que, en las diligencias sumarias para averiguar si el señor Luis Jorge Lafaurie es responsable de la comisión del delito de daños en propiedad ajena, el suscrito no está conociendo de tal delito, ya que no es el Juez de la competencia, sino como funcionario de instrucción. En ese sumario se ha decretado el arresto del sindicado Lafaurie de conformidad con el artículo 340 de la Ley 105 de 1890 citado, y se le pidió a usted la suspensión de este señor por ser empleado de usted, teniendo en cuenta lo ordenado en el artículo 72 de la Ley 4ª de 1913. Según la disposición de este artículo, cuando se solicita la suspensión de un empleado, por motivo criminal, se acompaña copia del auto en que se llama a juicio o se ordena su detención. A usted se le transcribió el auto en que se ordena el arresto del sindicado Lafaurie, y, como le dejo dicho, en estos autos se usa el término arresto o el término detención. Es inexplicable que usted asevere en su providencia de 5 de este mes, de la cual me ocupo, que 'los Jueces Municipales no tienen facultad para conocer de aquellos delitos que tienen pena de reclusión o de presidio; teniendo tales jueces facultad para conocer de delitos contra la propiedad hasta por ciento cincuenta pesos ($ 150). Le advierto que usted ha sufrido una equivocación al hacer esta afirmación. Bien. Transcrito, pues, como fue, oportunamente, el auto en que se ha decretado el arresto del sindicado Luis Jorge Lafaurie, en las diligencias sumarias que contra él se adelantan por el delito de que se viene hablando, sírvase usted decretar la suspensión del señor Lafaurie del empleo de Alcalde de este municipio inmediatamente después de haber recibido usted este oficio. Y si usted continúa demorando la suspensión solicitada, me veré obligado a dirigirme al señor Ministro de Gobierno y al señor Procurador General de la Nación en queja contra usted. Sírvase acusar recibo. De usted atto. s. s. M. Charvis C., Juez Primero Municipal".

5º No obstante la anterior comunicación, el señor Gobernador se abstuvo de decretar la suspensión pedida, sin nueva explicación para el Juez.

6º En su indagatoria el doctor Castro Monsalvo manifiesta que, según los informes que obtuvo, la solicitud del Juez se hizo a la Gobernación para sancionar al señor Lafaurie, Alcalde de aquella ciudad, por el "supuesto delito de haber destruído con dinamita una casa de propiedad particular"; afirma que le consta personalmente que la tal casa se hizo en forma precipitada con el solo objeto de obstaculizar la construcción de una variante del ferrocarril y obtener así el pago de una fuerte suma. La casa o "rancho" en mención - continúa— fue desarmado por trabajadores de la señora Mier de Vengoechea "en cumplimiento de disposiciones emanadas de la Alcaldía municipal de Ciénaga, sin que por ellos ni por nadie se hubiera usado dinamita". Refiriéndose a la reiterada solicitud sobre suspensión de Lafaurie del cargo de Alcalde, el doctor Castro Monsalvo hace las siguientes declaraciones, al contestar el interrogatorio respectivo: "Fui yo en mi calidad de Gobernador quien no accedí a la petición a que se hace referencia en la anterior pregunta y los motivos en que se basó la Gobernación para tomar esa actitud están claramente expresados en la resolución de fecha cinco de abril de mil novecientos treinta y ocho". Y concluye: "No sé de qué infracción penal se trata, pues la actuación de la Gobernación aparece debidamente explicada y justificada en la resolución antes mencionada".

7º La calidad de Gobernador del Departamento del Magdalena del doctor Pedro Castro Monsalvo, en la época en que

ocurrieron los hechos investigados, se halla debidamente acreditada.

8º A esta Sala corresponde conocer privativamente de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes se promuevan contra los Gobernadores (ordinal 6º, art. 42 del nuevo Código de Procedimiento Penal).

Considerando:

Se ha demostrado plenamente que el Gobernador del Departamento del Magdalena no suspendió al señor Luis Jorge Lafaurie del empleo de Alcalde de Ciénaga, no obstante la solicitud fundada que reiteradamente le hizo el Juez Primero Municipal de ese lugar. Resta examinar aquí si el Gobernador podía, sin incurrir en responsabilidad, desatender esta petición.

El Gobernador, doctor Castro Monsalvo, estimó que la solicitud no era legal, por cuanto el funcionario que la hizo había impuesto al Alcalde Lafaurie una pena de arresto en forma que no autorizaba la suspensión del empleo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 72 del Código Político y Municipal y porque dicho Juez estaba conociendo de un asunto criminal que no era de su competencia. Estas son las razones de orden legal que expone el doctor Castro Monsalvo para justificar su actitud ante la petición del Juez, no obstante que éste le dirigió una comunicación explicativa de modo de dejar en claro que obraba con el carácter que tenía de funcionario de instrucción y no como Juez del conocimiento y que la providencia que había dictado era, según los términos que como equivalentes empleaba la ley, de arresto o detención provisional del sindicado.

A este propósito expone lo siguiente el señor Procurador Delegado en lo Penal, en vista fiscal:

"Tiene razón el Juez Municipal cuando sostiene que, en su carácter de instructor, podía decretar la detención del Alcalde, aunque el delito imputado a éste pudiera merecer presidio o reclusión.

"También está en lo cierto ese funcionario cuando afirma que su providencia de 20 de marzo de 1938 es un auto de detención.

"Los artículos 72 y 127 (ordinal 9º) del Código de Régimen Político y Municipal dicen:

"**Artículo 72.** Cuando se solicite del poder ejecutivo la suspensión de un empleado, por motivo criminal, se le acompañará copia del auto en que se le llama a juicio o se ordene su detención, y copia de la filiación, si esto fuere posible".

"**Artículo 127.** Son atribuciones de los Gobernadores las siguientes:.....

"9º Suspender, por causa criminal, a los empleados departamentales, a petición de la autoridad competente, en todos los casos en que esta función no esté atribuída por la ley a otra autoridad".

"La formalidad exigida por la ley sobre la suspensión previa de los empleados públicos, para que puedan ser detenidos preventivamente en asunto penal, no está establecida en favor de los mismos empleados, que no tienen por qué gozar de privilegio especial.

"Tal requisito mira exclusivamente al buen servicio público que se perjudicaría en algunos casos con la intempestiva detención de ciertos funcionarios o empleados que dejarían acéfalas o abandonadas sus oficinas.

"De ahí que se solicite su suspensión antes de cumplir la detención y que tal solicitud suela dirigirse a quien puede reemplazar al empleado sindicado.

"Las razones alegadas por el doctor Castro para abstenerse de cumplir lo ordenado por el Juez no tienen apoyo legal.

"Por otra parte, se desquiciaría el orden jurídico del país si los empleados administrativos se dieran a la tarea de impedir el cumplimiento de las órdenes judiciales so pretexto de que son equivocadas. Los Jueces arbitrarios o venales deberán responder de sus actos si la orden de suspensión y detención es ilegal".

Efectivamente, como lo anota el señor Procurador, la ley sobre procedimiento penal ha dispuesto, por razones de orden administrativo, que el auto de detención de un sindicado o procesado, que ejerce funciones públicas, no se lleve a cabo sin obtener previamente que éste sea suspendido del respectivo empleo.

El otro aspecto de la exposición que hace el doctor Castro Monsalvo en su indagatoria se refiere al hecho mismo que dio origen al sumario contra el Alcalde Lafaurie. Personalmente le consta —dice el Gobernador— que la casa o rancho desarmado por orden del Alcalde había sido levantado precipitadamente para obstruír, con fines de lucro, la construcción de una variente del ferrocarril.

No obstante haberse cerrado la investigación por auto de 6 de junio de 1939, el

Magistrado sustanciador en providencia de 5 de octubre del mismo año, ordenó practicar algunas diligencias encaminadas a esclarecer ese punto. Se trajo al informativo copia auténtica de la actuación del Alcalde, relativa a los antecedentes y modo como llevó a cabo la demolición que la señora de Vengoechea consideró arbitraria y se le recibió al señor Lafaurie declaración jurada sobre estos particulares.

Dichas diligencias, como la parte de la declaración del doctor Castro Monsalvo que se estudia, versan, pues, sobre hechos realizados por el Alcalde Lafaurie que luégo fueron denunciados como delictuosos. Su calificación legal, para resolver si había lugar a la detención provisional del sindicado, correspondía al funcionario de instrucción, que lo era el Juez. No hay prueba de que el Gobernador tuviera conocimiento personal y directo de los hechos, puesto que no consta que hubiera asistido a la destrucción de la casa o rancho de la señora Mier de Vengoechea, ni tampoco a la diligencia de inspección ocular practicada luégo en aquel sitio por el Juez. Pero aun concediendo que el concepto del Gobernador sobre tales hechos estuviese fundado en su conocimiento personal, esa circunstancia no lo autorizaba para desobedecer la orden judicial. En otros términos: su concepto personal no podía prevalecer sobre una resolución fundada en las pruebas practicadas por el Juez.

Formulada la solicitud de suspensión, con arreglo a la ley, ella debe ser decretada. El funcionario o entidad a quien ha sido dirigida, por corresponderle el nombramiento y remoción del empleado, no está facultado para examinar sus fundamentos jurídicos, y menos lo está para negar la solicitud. Esta clase de providencias son por su naturaleza de ineludible cumplimiento, pues la ley no podía dejar al buen juicio del superior del empleado el acceder o no a la suspensión. Si el auto de detención carece de base legal, la responsabilidad que ello apareja es exclusiva del funcionario que lo dictó.

Por consiguiente, los datos suministrados contra la legalidad de la orden de detención del sindicado Lafaurie no desvirtúan en modo alguno la responsabilidad del Gobernador al oponer resistencia a la solicitud de suspensión del cargo oficial que aquél desempeñaba, máxime si se advierte que la providencia aparece motivada y dentro de las formas de la ley, según se ve por la copia auténtica traída a los autos (folio 10), cuyo texto se insertó antes.

La responsabilidad de los empleados públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas es principio que, en los regímenes constitucionales, garantiza la separación y funcionamiento armónico de los diferentes órganos del Poder Público.

Las funciones de los Gobernadores están limitadas en la Constitución y la ley. Dentro del deber general que tienen de auxiliar la justicia está el de suspender, por motivo criminal, a los empleados de su dependencia, a petición de autoridad competente. De suerte que no pueden, sin quebrantar las normas orgánicas de la administración, negar su concurso a las autoridades judiciales para la efectividad de sus providencias, o hacer nugatorias éstas, omitiendo lo que según la ley les corresponde y es indispensable para que la decisión judicial se cumpla.

Las consideraciones expuestas serían suficientes para deducir que el doctor Castro Monsalvo debe responder en juicio por el cargo que el sumario le apareja. Pero se plantea aquí la cuestión de saber si en la comisión del hecho referido hubo o no dolo, a la luz del Código Penal de 1890.

Ese estatuto, al establecer las condiciones generales del delito, dice lo siguiente: "En toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario".

Como se ve, la ley penal vigente al tiempo en que el hecho se cometió presume no sólo la voluntad sino también la malicia.

Y si en este caso concreto fuera menester —que no lo es— una prueba positiva que corrobore la presunción de voluntad y malicia, bastaría considerar que el Gobernador eludió primero el cumplimiento de la orden, pretextando que se trataba de imponer pena de arresto al Alcalde y que el Juez no era competente para conocer del proceso; y luégo optó por guardar silencio ante la nueva y concluyente explicación del Juez de que sólo obraba como funcionario de instrucción y no pretendía imponer pena sino hacer cumplir una simple detención preventiva, medida que la ley denomina también arresto.

Ni la ley penal de 1890 ni el nuevo Código exigen dolo o intención especial para sancionar una infracción como la imputada al Gobernador Castro Monsalvo. La naturaleza de ella implica que se reprima atendiendo sólo a la omisión en el ejer-

cicio de las funciones o a la extralimitación de éstas. El hecho es de suyo antijurídico, sin que pierda ese carácter por la calidad de los móviles o por la intención del agente, o por las consecuencias benéficas o nocivas, justas o injustas respecto de los particulares afectados por el acto. El resultado perturbador del orden jurídico que éste produce, le ha bastado a la ley para considerarlo punible.

La verdad es que estos delitos suelen no perjudicar intereses privados de los ciudadanos. Lo que lesionan siempre es el interés jurídico del Estado de que sus agentes actúen dentro del orden legal, interés cuya guarda les está confiada y de la cual sólo ellos responden. Por eso los actos de los funcionarios públicos, violatorios de los deberes que el cargo les impone, se denominan por antonomasia delitos de responsabilidad o delitos públicos, pues afectan directamente el derecho público del Estado. Las reglas de la legislación penal colombiana, tanto de la antigua como de la nueva, que sancionan esta clase de delitos, emanan del siguiente precepto de nuestra Constitución política:

"Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas". (Artículo 20 de la Carta de 1886 y 16 de la codificación constitucional).

Estudiado el asunto de acuerdo con la legislación penal nueva, se ha presentado también a la consideración de la Sala el punto de vista de la justificación del hecho por legítima defensa.

Ciertamente, el Código Penal de 1936 no limita esta causal de justificación, como el anterior, a la defensa de la vida y de la integridad personal, sino que la extiende a otros derechos.

Dice así la nueva ley:

"Artículo 25. El hecho se justifica cuando se comete:

"....

"2º Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

Según este texto y los antecedentes de su adopción, la legítima defensa comprende no sólo los bienes materiales sino también los morales, que deben ser protegidos por la ley en la misma medida que el derecho a la vida. Responde sin duda la nueva ley, mejor que la antigua, al deber del Estado de amparar jurídicamente, no sólo la persona física de los asociados contra la violencia injusta, sino otros bienes, como el honor y la libertad, cuya conservación necesita el individuo tanto como la vida misma.

Pero la incorporación en el derecho positivo de la defensa individual de tales bienes no suministra en modo alguno base para deducir que, a diferencia de la antigua, la nueva ley introduce una modificación al principio de la legítima defensa, en el sentido de justificar la resistencia contra los actos de los agentes de la autoridad, cuando el que resiste considere que el acto vulnera su libertad, o la de un tercero.

"Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta...", empieza diciendo la regla trascrita. Y el Código de 1890, numeral 1º del artículo 591, decía: En el (caso) de la necesidad de ejercer la defensa legítima, etc." Es decir, que el punto de partida en ambas legislaciones es uno mismo: la necesidad del sujeto violentado e impelido a obrar, que en el Código viejo servía de base a la eximente de responsabilidad y en el nuevo configura la causal de justificación, ya se trate de la defensa de la vida, de la libertad o de los otros bienes comprendidos en la fórmula copiada. De suerte, pues, que la reforma es apenas un desarrollo lógico del principio en que se funda la legítima defensa.

Los elementos constitutivos de la institución tampoco han sido alterados en ningún sentido. Tanto el antiguo como el nuevo estatuto penal exigen para legitimar el hecho, que haya sido necesario ejecutarlo por causa de una agresión o violencia injusta. Tratándose de providencia emanada de un funcionario —y más si éste pertenece al órgano judicial del poder público— es inaceptable calificar de agresión o de violencia injusta lo que no es otra cosa que el normal ejercicio de la autoridad.

La violencia que es lícito resistir, impedir o repeler se manifiesta por las vías de hecho, sin derecho y contra el derecho. El mandamiento de detención provisional del sindicado es un acto procesal, de apremiante cumplimiento y de orden público, como todo lo que se relaciona con la jurisdicción penal. Ese acto de la autoridad no puede reputarse como acto de violencia contra el cual sea lícito resistir, aunque

parezca ilegal a quien no lo ha proferido y aunque posteriormente sea revocado, porque se incurrió en un error inicial de apreciación, o porque en el curso de la investigación fueron desvirtuados los cargos contra el acusado.

Cosa distinta sería un acto de fuerza brutal, carente en absoluto de apoyo en la ley, de un agente o subalterno de la autoridad. En este caso el rechazo sería lícito por no tratarse de un acto de la autoridad.

La providencia desobedecida por el Gobernador del Magdalena procedía de un Juez que tenía competencia legal para dictarla. Era funcionario de instrucción y como tal actuaba.

En el procedimiento secreto, que rige para la formación del sumario, el funcionario que actúa como instructor es el único que está en capacidad de saber y decidir si hay base legal para detener al sindicado y, existiendo a su juicio, cumple un deber y ejercita una de sus atribuciones primordiales al dictar la orden de arresto. Esta providencia no requiere pruebas completas o perfectas y sabido es que la valoración jurídica de los elementos de incriminación le compete hacerla, dentro de un amplio poder de apreciación, a dicho funcionario en el momento de considerar si debe o no dictar auto de detención.

Es más. De acuerdo con la ley procedimental vigente al tiempo en que se inició el proceso contra el Alcalde Lafaurie, el funcionario instructor no estaba obligado a expresar los fundamentos jurídicos de la orden de detención. No había en el anterior procedimiento ninguna regla al respecto y la práctica constante era emitir la orden por medio de un auto simple, en el cual el funcionario instructor se limitaba a decir que "por hallarse reunidos los requisitos exigidos por la ley el sindicado debía ser detenido".

Pero es el caso que la referida providencia, además de su origen autorizado, se pronunció en forma motivada, según se anotó someramente en la primera parte de este auto. A fin de ilustrar el punto, véanse a continuación los motivos mencionados por el Juez para justificarla:

a) Denuncio de la señora Helena de Mier v. de Vengoechea contra el Alcalde Lafaurie, "por haberse introducido por la fuerza a la Hacienda de Toribio de propiedad de la denunciante y haber destruído con tacos de dinamita una casa de dicha señora;

b) Escritura pública relativa al dominio de la denunciante sobre la citada hacienda;

c) Inspección ocular practicada por el Juez con intervención de peritos mediante la cual "se constató la destrucción de la casa en referencia y que el lugar de su ubicación queda dentro de los linderos de la referida hacienda", y

d) Declaraciones recibidas "a los señores Jorge Alvarez, Jorge Ledesma, José María Leiva y otros como testigos presenciales de los hechos". En este punto del auto se afirma que los testigos Alvarez y Ledesma "oyeron al señor Luis Jorge Lafaurie impartir la orden a unos empleados del ferrocarril para que hicieran taladros, introducir en ellos tacos de dinamita y prender las mechas y vieron cuando la casa voló hecha pedazos estando presente el señor Lafaurie acompañado de varios agentes de la policía municipal".

El artículo 340 de la Ley 105 de 1890, que era el aplicable el caso y que el Juez cita, disponía lo siguiente:

"Cuando se proceda por delito o culpa que tenga señalada pena de muerte, presidio o reclusión, el sindicado será arrestado o detenido si resultare contra él, por lo menos, una declaración de testigo hábil, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es autor, cómplice, auxiliador o encubridor del hecho criminoso que se averigua, o que el funcionario que decrete el arresto o la detención le haya visto cometer el hecho, o que sea hallado in flagranti delito".

No se hará aquí una confrontación entre las condiciones mínimas que para librar la orden de detención exige el artículo copiado y los elementos de incriminación que, según su auto, el Juez consideró base legal suficiente para ordenar la detención del Alcalde. Esta no es función que competa a la Corte en el presente juicio de responsabilidad contra el Gobernador Castro Monsalvo, como tampoco le correspondería calificar la idoneidad de los testigos citados por el Juez en su proveído. Y si se tiene en cuenta que la Corte no puede desconocer a priori la existencia formal de los elementos de prueba meramente historiados, resultaría aventurado afirmar que la providencia sobre detención del Alcalde Lafaurie fue arbitraria o que —empleando la

técnica de la legítima defensa— constituya una agresión o violencia injusta.

¿Con qué facultad y sobre qué base podría la Corte estimar inexistentes o falsas las pruebas de otro juicio, en este caso precisadas por el Juez en el auto que trascribió a la Gobernación?

Porque las afirmaciones del Gobernador y del Alcalde —sumariados por actuaciones íntimamente relacionadas entre sí— no coincidan con las pruebas del hecho que dió origen a ambos procesos ¿habrá qué concluir que tales pruebas no existen o nada valen? No. Las pruebas judiciales se presumen auténticas y verdaderas mientras no se demuestre en juicio contradictorio que son apócrifas o que su contenido es falso. Acatando este principio y el de la fe debida a lo que el Juez declara en ejercicio de la autoridad de que está investido, la Corte al menos tiene que admitir la autenticidad de las pruebas que en el referido auto de detención se mencionan como justificación del mismo.

* * *

Tenía también el Juez amplia facultad, reconocida al funcionario de instrucción —y nada más que a él— para calificar provisionalmente, al decidir sobre la detención, el hecho imputado al Alcalde, cotejando sus elementos constitutivos con la respectiva disposición penal. Los posibles errores de un funcionario de instrucción sólo puede corregirlos el respectivo superior dentro de la jerarquía judicial, en este caso el Juez del Circuito, y de ningún modo el Gobernador del Departamento, ni otro funcionario administrativo, por elevada que sea su categoría.

Pero aun suponiendo errónea en el hecho o en el derecho la apreciación que hizo el Juez de Ciénaga acerca de la conducta del Alcalde Lafaurie, no podría la Corte considerar como legítima defensa el hecho del Gobernador al obstinarse en sustraer al señor Lafaurie de la acción de la autoridad judicial. Imposible que el más alto Tribunal de Justicia acepte que es lícito a un funcionario público estorbar, resistir y aun paralizar el ejercicio de la jurisdicción penal, considerándola como actividad constitutiva de agresión o de violencia injusta.

* * *

Extremando los principios de la escuela penal clásica y remontándose el juzgador a la antigua teoría del pacto social —fundada sobre la idea de los derechos individuales anteriores al Estado— acaso podría hallarse justificación para un acto de la naturaleza del que se estudia. Esos principios, llevados a sus últimas consecuencias, daban ocasión para calificar como lícita la resistencia a los actos de la autoridad cuando el ciudadano los consideraba, por sí y ante sí, violatorios de sus derechos. En la época en que la legislación penal y la jurisprudencia se inspiraron en la doctrina del derecho contractual, se decía que el individuo, al resistir a tales actos, inclusive por la fuerza, reasumía la defensa de sus derechos originarios, que voluntariamente había delegado en el Estado. Se admitía que el individuo era libre de apreciar en conciencia el mandato recibido de la autoridad y, si lo hallaba arbitrario o injusto, no sólo podía sino que debía desobedecerlo, en guarda de sus derechos y de los de la comunidad.

La doctrina de la defensa social, en la cual se inspira el nuevo Código, no permite aquella artificial composición para desvirtuar el carácter antijurídico del hecho imputado al Gobernador Castro Monsalvo. Conforme a los nuevos principios, que en esto coinciden con los espiritualistas, la defensa de las personas y de sus bienes, es función propia del Estado, adscrita a uno de sus órganos, y sólo se justifica la defensa privada, en su forma individual, dentro de los extremos que dan lugar a ella, según la ley.

El predominio de la defensa social sobre la defensa individual es la tesis moderna que viene cabalmente a rectificar la antigua teoría del individuo contra el Estado.

De suerte que si el órgano específicamente encargado de la defensa social, obrando en ejercicio de ésta, acertada o equivocadamente, dicta una providencia, ni al ciudadano afectado por ella, ni a un funcionario público, cualquiera que sea, le es permitido resistirla en nombre de la defensa individual.

Y si al funcionario le corresponde cumplirla y es —como en el caso del Gobernador del Magdalena— un funcionario de los que comúnmente se denominan empleados con autoridad, porque ejercen funciones relativas a determinadas manifestaciones de la autoridad pública, esta circunstancia especial ¿permitirá al empleado rechazar y dejar sin efectos la providencia porque la considera violatoria de los derechos de un tercero? En

otros términos: ¿podría pretenderse que este hecho entra en el terreno de la legítima defensa porque quien lo realizó tenía un deber primario de protección de las personas y de sus bienes, inherente a su condición de autoridad?

En esta cuestión lo que primero se advierte es una antítesis, pues si la autoridad actúa como tal y su intervención no es abusiva sino conforme al derecho, entonces el evento se sale del radio de la defensa legítima individual y debe ser juzgado como un acto propio de la defensa social.

Lo segundo es que cualquiera de los dos supuestos es insostenible. La autoridad no impone a quien la ejerce deberes implícitos, es decir, no previstos expresamente en la ley, en relación con las funciones jurídicas del Estado. Ninguno de los preceptos constitucionales, por sí mismos, o relacionados con los principios de la Reforma Penal de 1936, sugiere el ejercicio de la autoridad fuera de la ley, así se trate de la defensa o seguridad social.

"Las autoridades están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", dice uno de los principios generales de la Constitución Nacional, redactado ya bajo la influencia de las nuevas doctrinas del derecho social (Acto Legislativo N° 1° de 5 de agosto de 1936, artículo 9. Nueva codificación constitucional, artículo 15). Este artículo, que modifica el 19 de la Constitución de 1886, no es otra cosa que una síntesis de los deberes del Estado, sin que por razón de su doctrina, ni por ninguna otra, pueda interpretarse en el sentido de que las autoridades, o los funcionarios con autoridad, tengan indistintamente, cualquiera que sea el orden a que pertenezcan, una facultad propia, común a todos, en lo que concierne a la protección y seguridad social, cuyo uso quede al prudente arbitrio de tales funcionarios. No. Este y todos los deberes de las autoridades están reglamentados de acuerdo con el sistema de la separación, limitación y coordinación de los órganos del poder público, sin que sus reglas puedan ser traspasadas lícitamente, pretendiendo los agentes de la autoridad realizar por sí mismos los fines del Estado. Así, por ejemplo, las autoridades administrativas tienen un campo de acción limitado, como agentes del órgano ejecutivo, y en lo tocante a la función judicial —la más independiente de todas, aun dentro de la enmienda constitucional de 1936— les corresponde únicamente aportar los medios que a ella le faltan para la efectividad de sus providencias. Este es un deber de auxilio, como lo dicen la Constitución y las leyes. De ningún modo una facultad de control. Auxiliando la justicia en cada caso, dentro de los precisos términos de la ley, y no extralimitando por ningún concepto sus funciones propias, es como las autoridades administrativas colaboran y contribuyen a realizar el funcionamiento armónico de los órganos del Estado.

El conflicto producido por la resistencia individual contra los actos de la autoridad que obra en ejercicio de sus funciones no puede, pues, resolver a favor del que resiste, admitiendo que obra en legítima defensa de sus bienes o de los de un tercero. De aceptarse esta solución caería el principio de autoridad y con él los principios en que se funda la doctrina de la defensa social, no quedando base para sostener la antijuridicidad y, por consiguiente, el carácter antisocial de los actos que en mayor o menor escala atentan contra la seguridad interior del Estado. Sabido es que en todas estas manifestaciones de la delincuencia, contempladas tanto por el antiguo como por el nuevo Código, el motivo que el autor o autores del hecho invocan para justificarlo, es que sus derechos y aun los de toda la sociedad han sido conculcados y violados por la autoridad que tratan de desconocer, o por la ley o decisión de la autoridad cuyo cumplimiento quieren impedir.

El carácter de autoridad del funcionario que rechaza la providencia de otra autoridad que actúa dentro de su órbita legal, no modifica ni excluye la responsabilidad. Precisamente ese carácter, en el autor del hecho, es el elemento constitutivo del abuso de autoridad.

* * *

En resumen, la imputación que se hace al Gobernador doctor Castro Monsalvo consiste en haber rehusado decretar la suspensión del Alcalde Luis Jorge Lafaurie, de acuerdo con la solicitud que reiteradamente y por motivo criminal, le hizo el Juzgado Primero Municipal de Ciénaga. El hecho fue previsto como delito en el Código Penal de 1890, vigente

al tiempo de la infracción. La nueva legislación penal también sanciona los abusos de autoridad que cometen los funcionarios o empleados públicos al omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto a que legalmente estén obligados.

Por hallarse reunidos los requisitos exigidos en el artículo 429 del nuevo Código de Procedimiento Penal, es de rigor dictar auto de proceder. Como el doctor Castro Monsalvo es actualmente Senador de la República, se solicitó y obtuvo del H. Senado que le fuera suspendida la inmunidad para el efecto de dictar esta providencia.

* * *

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, LLAMA A RESPONDER EN JUICIO CRIMINAL al doctor PEDRO CASTRO MONSALVO, mayor de edad, natural y vecino de Valledupar y agrónomo graduado, por uno de los delitos de que trata el Capítiulo VI, Título X, Libro II del Código Penal de 1890, consistente en no haber suspendido, siendo Gobernador del Departamento del Magdalena, el día 5 de abril de 1988, al señor Luis Jorge Lafaurie de las funciones de Alcalde del Municipio de Ciénaga, como se lo pidió el señor Juez Primero de ese Municipio, por motivo criminal.

Cópiese y notifíquese. Hágase saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio.

Publíquese en la Gaceta Judicial, una vez ejecutoriado.

Absalón Fernández de Soto — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R. Srio.

SALVAMENTO DE VOTO

La ley penal preexistente al hecho de que trata este proceso es el Código de 1890.

Y sea con esa ley o con la 95 de 1936, el gobernador Pedro Castro Monsalvo no cometió ningún delito.

No lo perpetró a la luz del Código antiguo, porque el artículo 545, que sería el aplicable, requiere dolo (artículo 1º). Y si hubo voluntad, no medió malicia. Y aunque es de suponer el último elemento (artículo 2º), la presunción cae por su base puesto que de modo claro resulta o aparece que al gobernador no lo impulsó un ánimo maligno o dañado. Todo lo contrario. Lo movió el plausible propósito de evitar algo peor que una injusticia. Era su deber en la función cuyo ejercicio se le pedía y que él se negó a ejecutar por considerarlo inicuo, como en verdad lo era.

"Ni la ley penal de 1890 ni el nuevo Código exigen dolo o intención especial para sancionar una infracción como la imputada al gobernador Castro Monsalvo. La naturaleza de ella implica que se reprima atendiendo sólo a la omisión en el ejercicio de las funciones o a la extralimitación de éstas. El hecho es de suyo antijurídico, sin que pierda ese carácter por la calidad de los móviles o por la intención del agente, o por las consecuencias benéficas o nocivas, justas o injustas respecto de los particulares afectados por el acto. El resultado perturbador del orden jurídico que éste produce, le ha bastado a la ley para considerarlo punible".

Puesto que así lo escribió la honorable mayoría hay que creer en tan sorprendentes conceptos que atacan y vulneran y derruyen la diáfana realidad legal.

La ley penal de 1890 reprime un hecho porque sea delito en sentido estricto, o porque sea cuasi-delito o culpa. Sin término medio. Y lo que es culposo lo va especificando el Código. Lo demás es cabal delito, con voluntad y malicia, es decir, con dolo. Y como el artículo 545, que dizque violó el gobernador, no entraña un hecho que se derive de falta de previsión de lo previsible, característica de lo culposo, entonces ese artículo se informa en la esencia de la infracción dolosa. Por qué, pues, la mayoría niega un axioma que es de elemental intelección?

El Código Penal de 1936 sí enuncia cuatro categorías o modos de infringir la ley: intencionales, culposos, de contravención y los sui géneris del artículo 29 (artículos 2º, 12 y 13). Ese Código no reprime las contravenciones que son asuntos de policía. Y lo que hizo o dejó de hacer el gobernador, que cabría en el artículo 172, sería intencional, puesto que no es culpa (inciso segundo del artículo 12) si el gobernador es persona comprendida en el precepto del artículo 29. Por qué niega la honorable mayoría tan elemental axioma?

Pero la más impresionante gravedad del concepto de mis colegas hállase en que trasladan, colegisladoramente, el principio del artículo 13 del nuevo Código Penal, al hecho que ellos llaman delito del gobernador: que la simple acción u omisión hace responsable al agente, sin atender a intención ni a nada, principio que es tan sólo para las contravenciones. Y la gravedad se acrecienta con otro traslado mucho más inadmisible: el de pasar el principio del artículo 13 del Código de 1936, a una supuesta infracción del Código de 1890.

* * *

Menos delinquió el gobernador Castro Monsalvo si se estudia el negocio conforme a las reglas del Código Penal de 1936, de rigurosa observancia aquí en virtud de las disposiciones consignadas en los artículos 22 de la Constitución, 44 de la Ley 153 de 1887 y 3ª de dicho Código.

La justificación de un acto puede ser negativa o positiva.

Es negativa en los tres casos de exculpación del artículo 23. Falta de intención del agente, el cual no procede contra el derecho.

Y es positiva en las tres contigencias del artículo 25. Hay intención del sujeto activo, pero obra de acuerdo con el derecho.

La responsabilidad no existe ni en uno

ni en otro aspecto, por no ser antijurídica la acción.

Uno de los casos de justificación positiva es el segundo del artículo 25, en su inciso primero: "Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

La defensa legítima, que más es un deber que un simple derecho, se circunscribía en el Código Penal de 1890 a la materia de los artículos 591 y 659.

Pero la nueva legislación penal ampara la defensa de todo derecho o de cualquier bien jurídicamente protegido, propio o ajeno, siempre que se junten las condiciones del inciso copiado.

Y así úno puede defenderse o defender a otro de una violencia contra la persona, contra el honor o contra los bienes.

Y es de sustancial importancia anotar ahora que en el vocablo "bienes" quedaron comprendidos los bienes físicos o el caudal o hacienda en su acepción estricta, y los bienes morales, aparte del que representa el honor, lo que consta en el acta número 27 de la comisión que elaboró el proyecto del Código Penal que fue luégo la Ley 95 de 1936 (Tomo I, página 134).

* * *

Pues, precisamente, el hecho del gobernador Castro Monsalvo, tachado de delictuoso, cabe en el obrar secundum jus: en la justificación positiva de la legítima defensa del alcalde de Ciénaga, Luis Jorge Lafaurie.

Por dos caras es dable enfocar la tesis de la referida defensa, sin interpretación que pudiese parecer forzada: por la necesidad de defender al alcalde Lafaurie de una violencia actual e injusta contra la persona de éste, y por la necesidad de defender el bien moral de la libertad del mismo alcalde, precioso bien que iba a arrebatarle con irritante abuso un juez municipal.

El auto de detención que ese juez municipal dictó constituía una notoria violencia actual e injusta contra el alcalde Lafaurie que ni por asomo había violado el artículo 866 del C. P. de 1890, artículo que trae de diez a doce años de presidio y que el juez citó como infringido.

Y a la vez ese auto de detención, tan equivocado de buena o de mala fe, tan arbitrario, tan carente de apoyo en la realidad del asunto, se dirigió a quitar o suprimir aquel inapreciable bien moral de la libertad de un hombre que no merecía el desafuero de la prisión preventiva que decretara el juez municipal.

* * *

Por qué no violó el alcalde el artículo 866 del C. P. de 1890? Por qué no merecía el precautelativo arresto?

Estatuye el inciso primero del artículo 866 del C. P. de 1890: "El que con intención de hacer daño socavare, minare o empleare otro medio para derribar, arruinar, volar, anegar o destruir de otro modo edificio o lugar habitado, y llegare a causar alguno de estos efectos, en todo o en parte, será castigado con la pena de diez a doce años de presidio".

Intención de hacer daño en un funcionario que, quizá por métodos no lícitos, quita un obstáculo, subrepticiamente colocado la víspera y de noche, que impedía el trabajo en un ferrocarril nacional! Destruída con dinamita una casa!

No. La verdad verdadera será la que cuentan el gobernador procesado y el alcalde Lafaurie.

A folios 25 v. el gobernador, en la indagatoria, al contestar la pregunta de a quién le pidió la suspensión de Lafaurie en sus funciones de alcalde, para detenerlo, dice: "Fue solicitada a mí en mi carácter de gobernador y según informes que obtuve la solicitud del señor Juez municipal de Ciénaga se hizo a la Gobernación para sancionar al señor Luis Jorge Lafaurie, entonces alcalde de aquella ciudad, por el supuesto delito de haber destruído con dinamita una casa de propiedad particular, siendo, como lo es, lo cierto, que la tal casa fue construida, a mí me consta personalmente, en forma precipitada con el solo objeto de obstaculizar la construcción de una variante del ferrocarril, necesaria para evitar frecuentes accidentes, o para obligar a la empresa a pagar una fuerte suma. La casa en mención, o mejor, el rancho, fue desarmado por trabajadores de la señora Mier de Vengoechea en cumplimiento de disposiciones emanadas de la Alcaldía Municipal de Ciénaga, sin que por ellos ni por nadie se hubiera usado dinamita".

Y Luis Jorge Lafaurie declara a fs. 45 y v.: "Es absolutamente inverídico que el declarante, en su condición de Alcalde del municipio de San Juan del Córdoba, no de Ciénaga, como erradamente

dice la señora denunciante, hubiera destruído casa alguna de propiedad de la señora viuda de Vengoechea, ni en la finca de bananos Toribio ni en ninguna otra parte y, mucho menos con dinamita. Lo que ocurrió fue que el declarante en su condición de Alcalde del citado municipio recibió denuncio policivo formal del doctor Carlos Gámez, apoderado del ferrocarril nacional del Magdalena, sobre la construcción arbitraria, ordenada por la señora viuda de Vengoechea, de un ranchito en el centro de una faja de terreno negociado por el ferrocarril con el Departamento del Magdalena por la suma de mil setecientos pesos ($ 1.700) y en la cual la faja adelantaba un trabajo de explanación con el propósito de desviar una peligrosísima curva en la cual había más de un choque de vehículos férreos. Los trabajos de explanación que adelantaba el ferrocarril desde el mes de octubre del año de mil novecientos treinta y siete, sin haber sido molestado por terceros, hasta el día diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y ocho, es decir, hasta seis meses después de iniciados, a pesar de encontrarse los tales a menos de dos (2) kilómetros de la finca Toribio, de propiedad de la señora viuda de Vengoechea, ubicada en una planicie ocho o diez metros más baja que la loma donde se cumplían los trabajos, que media aproximadamente seis metros de elevación. Y conste que los trabajos se verificaban de día y de noche, con más de medio centenar de trabajadores, con magnífica luz eléctrica. Y solamente hasta el día citado fue cuando la señora viuda de Vengoechea, mal aconsejada por un abogado inescrupuloso, resolvió oponerse apelando a las vías de hecho, como si en la ciudad de Ciénaga no hubiera autoridades capaces de hacer respetar los derechos de los ciudadanos. Las vías de hecho a que apeló la señora viuda de Vengoechea consistieron en hacer un ranchito durante la noche del día domingo diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y ocho, en el centro de una explanación que adelantaba el ferrocarril desde los extremos hacia el centro, ranchito que ocupaba la mitad del terreno que faltaba por explanar y que media poco menos de diez metros de largo y que fue hecho con el objeto de obstaculizar la obra. La Alcaldía acogió la demanda, nombró peritos honorabilísimos y procedió a una inspección ocular asesorada por los citados peritos, los cuales rindieron su informe que resultó acorde con lo observado por la Alcaldía. Seguidamente se dictó un auto poniendo al ferrocarril en posesión de la faja de terreno, a pesar de la violencia que empleó un hijo de la señora viuda de Vengoechea, quien desenfundó un magnífico revólver con el que amenazó a los agentes de policía que me acompañaron a la inspección ocular. Y una vez en posesión el ferrocarril de la referida faja, en la persona del doctor Carlos Gámez, se ordenó desbaratar el ranchito que tan pomposamente la señora viuda de Vengoechea llama "casa de su hacienda Toribio". Cómo sería esa casa que en menos de media hora quedó perfectamente desarmada; y cumplido lo cual el ingeniero que dirigía la obra de explanación ordenó retirar a todos para proceder a prender las mechas de las minas que estaban listas el día sábado por la tarde por manera que el tal ranchito fabricado durante la noche del domingo, lo fue sobre un campo que tenía más de seis minas de dinamita. El largo total de la faja que explanaba el ferrocarril para hacer el desvío era de quinientos (500) metros y precisamente cuando faltaban diez por explanar fue cuando la señora viuda de Vengoechea resolvió hacer el tantas veces citado ranchito, que quedó a una altura de más o menos seis (6) metros sobre el plan del terreno. El tal rancho o casa, como lo llama la señora viuda de Vengoechea, medía aproximadamente cuatro metros cuadrados, quizá menos, y el material utilizado en su fabricación fue unas cañitas formando un cercado alrededor de los cuatro palos que sostenían el techo de media agua, hecho con pedazos de zinc lleno de perforaciones. Y conste que una vez cumplido por los trabajadores del ferrocarril la desbaratada del ranchito, hecho intempestivamente por la señora viuda de Vengoechea, fue cuando el Ingeniero Director de los trabajos de explanación ordenó prender las mechas de las dinamitas, que, como digo antes, estaban listas desde el día sábado diez y siete. Una cosa que llama poderosamente la atención en esta demanda es que el ferrocarril abandonó la faja plana de terreno en donde estaba antes la línea férrea, en favor de la señora viuda de Vengoechea o de quienes quisieran ocuparla, ya que por no ser loma y no ser excesivamente peligrosa reunía mejores condiciones para el cultivo, ya que la que disputaba la señora denunciante es absolutamente estéril e infecunda. Y sin embar-

go, temerariamente insistía sobre la propiedad de la loma, dando lugar a que muchas personas supusieran que se trataba de un chantage acomsejado por su desvergonzado apoderado, un pájaro de cuenta, que esperamos ver muy pronto ocupando el lugar que le corresponde entre los presidiarios. Es bueno hacer notar que en el auto que dictó la Alcaldía pone a salvo los derechos de terceros y dice: "a la señora viuda de Vengoechea le queda amplio campo ante el poder judicial para demostrar la propiedad de la faja que se disputa". En cuanto a la destrucción de la pretendida casa de la señora viuda de Vengoechea el señor Salvador de Andreis, persona conocida por su solvencia moral y económica, quien iba de esta ciudad para Ciénaga en automóvil, presenció cuando los peones del ferrocarril desbarataban la casa y presenció el acarreo de los materiales y la prendida de la dinamita. No sé con quién o quiénes iría en el auto el señor De Andreis, pero supongo que él lo recuerde y pido que se haga declarar a los acompañantes, si los tuvo. Pueden declarar sobre estos hechos Narciso Noriega, José R. Fuentes, Pablo Valle, Ramón Rosado, Juan Martínez y Julio Martínez, residentes en Gaira, y Pablo Lotz, residente en Santa Marta. Debo agregar que yo consideraba terminadas estas demandas temerarias de la señora viuda de Vengoechea desde luego que recibió un dinero de la empresa del ferrocarril diz que para pagar los honorarios de su célebre abogado Castillo Blanco, habiendo presentado dicha señora por eso memorial de desistimiento ante el Juez donde estaba radicado el juicio".

* * *

Sabía todo eso el gobernador Castro Monsalvo, a la hora en que se le exigió por el juez municipal de Ciénaga la suspensión del alcalde Lafaurie. Y sabiéndolo, en la absoluta persuasión de que su subalterno no era reo del delito del art. 866, cómo podía permitir que a su agente se le encarcelara? ¿Cómo acceder a suspenderlo del destino para que se llevase a cabo la violencia injusta contra la persona de Lafaurie y contra el indiscutible derecho de éste a la libertad? ¿Cómo acatar la orden funesta, pudiendo y debiendo desobedecerla?

* * *

Si se me objetara que justificar la actitud del gobernador equivale al desquiciamiento de la estructura jurídica del país o de las normas orgánicas de la administración, yo contestaría que el principio de donde se extrae ese reparo ha sufrido en su rígida exégesis una interpretación ampliativa cuando acontece un caso semejante al del Gobernador Castro Monsalvo, por el avance del moderno concepto de defensa legítima estampado en la ley penal de 1936. Lo que choca con el mutuo respeto entre los tres órganos del poder público es el desacato indebido. Ese sí despedaza el régimen constitucional. Pero la no sumisión cuando es necesaria la desobediencia, más bien tiende a la desobediencia, más bien tiende a la realización de los fines del Estado, uno de los cuales es el positivista criterio de la defensa social. Porque la defensa social, medula del Código Penal nuevo, no es sólo para proteger a la sociedad contra el delincuente. Es, también, para proteger a la sociedad en el sentido de poder evitar que a quien no ha delinquido se le haga víctima, por parte del Estado, de un grave menoscabo injusto de cualquiera de sus derechos.

Si se me objetara que mal puede haber defensa del Estado contra el Estado, yo contestaría que con el enjuiciamiento del gobernador Castro Monsalvo la honorable mayoría de la Sala no hace otra cosa que defender al Estado contra el Estado.

Si se me objetara que es atrevida la tesis que expongo sobre la legítima defensa que ejerció ese gobernador, yo contestaría que cuál atrevimiento habrá en la justificación de un hecho como el estudiado, por observar la lógica de un texto legal que revolucionó la vieja idea clásica de la defensa legítima, extendiéndola a la salvaguardia de toda persona y todo derecho y de todos los bienes, cuando los amenaza una violencia actual e injusta".

Si se me objetara que la defensa legítima a que alude el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal de 1936, se refiere, únicamente, a los particulares, yo contestaría que más obliga a los funcionarios públicos, porque las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (artículo 16 de la Constitución).

Si se me objetara lo peligroso del precedente, yo contestaría que el abuso que

hiciera dañosa la aplicación de la teoría no afecta ni afectar puede su bondad jurídica. Quien exagere y se salga de los límites que el recto entender señala y la ocasión indica, ése incurrirá en responsabilidad penal, pues la necesidad de la defensa propia y ajena de la persona, honor y bienes, está supeditada a la concurrencia de muchos factores en sus elementos constitutivos y por lo que toca en el sujeto que la ejerza y con las oportunidades de realizarla.

Y si se me objetara, por último, que no es legal otorgarles crédito a las explicaciones del gobernador Castro Monsalvo y del Alcalde Lafaurie, desprovistas de prueba, yo contestaría que el mismo auto del juez municipal, de 21 de marzo de 1938, va pregonando su íntima y rotunda ilegalidad, cuando sitúa al alcalde en el caso del artículo 866 del C. P. de 1890. Y, sin embargo, se aceptó como prueba la arbitraria providencia, en donde el juez cita los nombres de ciertos testigos, uno de los cuales es José María Leyva, el interesado que hizo la gestión inicial de pedir la certificación de fs. 1, para que la señora Mier de Vengoechea acusara al gobernador.

* * *

La providencia de la mayoría se inspira en el clasicismo penal más riguroso y puro, y dentro de esa escuela, que ya murió en Colombia, las disertaciones teóricas de mis dos ilustrados colegas son estupendamente lógicas, si se exceptúan las ideas que ya traté de refutar sobre que ni el antiguo ni el nuevo Código requieren dolo o intención para reprimir "una infracción como la imputada al Gobernador Castro Monsalvo", y otras cuestiones que comentaré adelante.

Debo respetar aquella concepción clásica del derecho penal en las teóricas disertaciones de la mayoría. Y debo respetarla, porque toda filosófica estructura de la mente humana, toda formación ideológica, todo convencido credo que de la sinceridad dimane, son materia sagrada.

De allí que no me detenga en impugnar las tesis esenciales que condujeron al enjuiciamiento del Gobernador Castro Monsalvo. Por su propio poder ellas se enfrentan, diametralmente antagónicas, al espíritu positivista del moderno substrato de la defensa legítima.

Sin temibilitá ninguna del encausado (personalidad intachable, ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad, nobleza de móviles, etc.), la mayoría echó por el camino del summum jus que es summa injuria.

* * *

Y comento las otras cuestiones así:

1º "La violencia que es lícito resistir, impedir o repeler se manifiesta por las vías de hecho, sin derecho y contra el derecho", asegura la mayoría, enfocando uno solo de los múltiples aspectos del problema, cuál es el unilateral y simple y común del resistido frente a quien contra él ejecuta la violencia material; mas en los casos de complicación de factores, no siendo la misma víctima la que se defiende, sino un tercero que tiene que entrar en esa defensa del otro, y cuando el acto no es de "fuerza bruta", que no siempre se necesita, es lícita la resistencia. ¿Será "normal ejercicio de la autoridad" una orden a todas luces injusta para encarcelar a alguien? ¿Y tal orden injusta no es agresión o violencia? Uno de los significados del vocablo agresión es 'acto contrario al derecho de otro'. Y no es violento aquello 'que se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia'?".

2º Estos apartes del auto de la mayoría me alarman:

"Cosa distinta sería un acto de fuerza brutal, carente en absoluto de apoyo en la ley, de un agente o subalterno de la autoridad. En este caso el rechazo sería lícito por no tratarse de un acto de la autoridad".

"En el procedimiento secreto, que rige para la formación del sumario, el funcionario que actúa como instructor es el único que está en capacidad de saber y decidir si hay base legal para detener al sindicado y, existiendo a su juicio, cumple un deber y ejercita una de sus atribuciones primordiales al dictar la orden de arresto".

Con el primer párrafo la mayoría consagra como bueno, como digno de entera reverencia, el acto de un alcalde municipal, por ejemplo, que caprichosamente manda a un agente de policía que lleve a X a la cárcel. Ni X puede resistir ni el agente desobedecer para la defensa de la libertad de X.

Y con el segundo párrafo la mayoría borra del Código Penal de 1890 los atentados contra los derechos individuales, y arrumba en el Código Penal de 1936 el

abuso del artículo 171 y la detención arbitraria.

3º Y añade la mayoría: "Es más. De acuerdo con la ley procedimental vigente al tiempo en que se inició el proceso contra el alcalde Lafaurie, el funcionario instructor no estaba obligado a expresar los fundamentos jurídicos de la orden de detención. No había en el anterior procedimiento ninguna regla al respecto y la práctica constante era emitir la orden por medio de un auto simple, en el cual el funcionario instructor se limitaba a decir que 'por hallarse reunidos los requisitos exigidos por la ley el sindicado debía ser detenido'. No. El auto de detención preventiva era y es interlocutorio, y como tal requería y requiere motivación. Además, para los efectos de conseguir el decreto de suspensión (artículo 1385 del antiguo Código Judicial), era preciso remitir "todas las piezas justificativas del delito o culpa", envío que no hizo el juez municipal de Ciénaga al gobernador del Magdalena. Menos era la ocasión el que el gobernador atendiese al juez"

4º Que "resultaría aventurado afirmar que la providencia sobre detención del alcalde Lafaurie fue arbitraria o que —empleando la técnica de la legítima defensa— constituye una agresión o violencia injusta". Deploro que la mayoría se obstine en no reconocer que la acción del alcalde no podía ser violatoria del artículo 866 del Código Penal de 1890. No sabe la mayoría que la frase inicial de ese artículo, "con intención de hacer daño", es una circunstancia distinta de la voluntad y malicia, que "debe aparecer plenamente justificada para que haya cuerpo de delito"? El artículo 2025 del Código Judicial así lo disponía. Pudo haber intención de hacer daño al suprimir el obstáculo que no dejaba continuar la obra de un ferrocarril de la Nación?

5º Si para el valor jurídico del auto de detención que dictó el juez municipal no hay que pensar en "la autenticidad de las pruebas que en el referido auto de detención se mencionan como justificación del mismo"! De lo que se trata es de que la ilegalidad y el abuso y el capricho son cosas patentes en el auto del juez municipal quien le atribuye al alcalde Lafaurie un delito gravísimo, tan absurdo, que era imposible que lo hubiera cometido el alcalde en las circunstancias en que actuó. ¿Mera equivocación del juez? Es difícil admitir la posibilidad de un error de buena fe en un funcionario judicial que revela tanta versación y una tan poco común sindéresis como las que contiene el auto de 28 de abril de 1938 en que el juez municipal M. Charris C. replica al gobernador, y

6º Para mí es un enigma que no he podido descifrar lo que la mayoría dice en la penúltima parte de la motivación sobre el criterio positivista de la defensa social en el derecho punitivo.

* * *

Además debo consignar lo siguiente:

a) Sin conocer yo el proceso en todos sus detalles había aprobado, en la sesión del 24 de junio, el proyecto que enjuiciaba al doctor Pedro Castro Monsalvo. Después el señor Magistrado ponente amplió el proyecto y me lo pasó junto con el sumario. Ya estudiada por mí la cuestión con detenimiento y calma, vine a convencerme de que no era legal abrir causa al Gobernador Castro Monsalvo, lo que manifesté a mis distinguidos colegas en la sesión del 13 de agosto, más o menos con las mismas razones que arriba extendí;

b) Anoto las circunstancias del párrafo anterior, con gran gusto, por complacer a mis compañeros que quieren esa aclaración y porque realmente, en lugar de costarme ni el más mínimo trabajo la rectificación de mis yerros, es de mi agrado y mi deber confesar que estuve a punto de equivocarme y que a tiempo me fue posible la enmienda de lo que yo llamo un desacierto mío;

c) Al instalarse el personal actual de esta Sala de la Corte encontró cerrada la investigación contra el Gobernador Castro Monsalvo, investigación que, de manera implícita, se reabrió en octubre de mil novecientos treinta y nueve;

d) Si no hubiera sido por la clausura ejecutoriada de las averiguaciones, éstas, que para mí resultan demasiado incompletas, habrían podido perfeccionarse con diligencias que yo considero esenciales al menos para el mejor apoyo y una mayor fuerza de mi disentimiento, como son los hechos tan sugerentes y persuasivos de que hablan el gobernador y el alcalde a fs. 25 v., 45 y 46, la demostración satisfactoria y cumplida de los apartes 1º y 2º del auto de la Corte a fs. 37 y la noticia de cómo se feneció el sumario contra el alcalde Luis Jorge Lafaurie en el juzgado del circuito penal de Santa Marta;

e) Escribe el señor Procurador que "aun el supuesto de que sí se hubiera logrado aquella demostración, el hecho imputado queda en pie: el doctor Castro Monsalvo rehusó cumplir una orden judicial que no le correspondía discutir ni calificar". Y me atrevo a replicarle al señor Procurador que me sorprende la desnuda simplicidad anacrónica de ese pensar suyo, y que sin la demostración que falta la orden judicial siempre entraña un odioso abuso y el gobernador pudo y debió rehusar su ejecución para la defensa legítima de la persona y la libertad del alcalde;

f) Se proclama la obediencia ciega a la orden del juez municipal, atropello evidente y en sumo grado pernicioso, y se ofrece el remedio de la responsabilidad de dicho juez, si el auto de detención carecía de base legal. Y entre tanto el alcalde Lafaurie en la cárcel, porque sí... y

g) La perfección del sumario conforme a lo expresado en la letra d) perseguiría el único fin de saber hasta dónde llegó la presunta ilicitud de lo que el alcalde hizo con la casa de la señora Helena Mier de Vengoechea. Porque mientras más rebajada aparezca esa ilicitud, si acaso la hubo, más resaltará la abusiva conducta del juez municipal y más justificada sería la del gobernador.

* * *

No he querido fastidiar a la honorable mayoría ni al señor Procurador Delegado en lo Penal, al sostener enfáticamente, vehementemente, que por cuanto no constituye delito el hecho que dio lugar a la investigación, al ex-Gobernador del Magdalena, doctor Pedro Castro Monsalvo, debió favorecerlo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con un sobreseimiento definitivo (art. 437, Ley 94 de 1988).

(Fdo.) Campo Elías Aguirre

HOMICIDIO ASESINATO.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

A José Aparicio Ríos le condenó el Tribunal Superior de Buga, en sentencia fechada el 29 de febrero de este año, a la pena principal de 15 años de presidio, como autor de homicidio (asesinato) en la persona de Rafael Bermúdez, con aplicación del artículo 363 del nuevo Código Penal.

Contra tal fallo interpuso el reo recurso de casación, y como le fuese concedido, los autos vinieron a la Corte, en donde cumplida la respectiva tramitación, se pasa a resolver.

Como fundamento del recurso se aducen las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, las cuales se estudiarán en el orden lógico que trae la vista del señor Procurador.

Causal 3ª "Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

Dice el recurrente que "el cuerpo del delito no está demostrado como lo requiere la ley, porque bien ha podido suceder que mi cuñado (se refiere al occiso Rafael Bermúdez) se hubiese dado muerte él mismo".

Es esta una afirmación sin ningún apoyo en los autos. Para refutarla, basta considerar la naturaleza y localización de la herida que, según la diligencia de autopsia, ocasionó la muerte a Bermúdez. En esa diligencia (fs. 14 del cuaderno principal), practicada por los médicos legistas de Buga, se lee esto:

"A la inspección se encontró un cadáver, en franca descomposición, muy anemiado y que presentaba, una herida hecha con arma cortante, de diez centímetros de longitud, localizada en la región de la nuca, de dirección sensiblemente horizontal cuya parte más profunda estaba al lado izquierdo. La autopsia demostró, que la herida antes descrita había interesado la piel, tejido celular subcutáneo, músculos, aponeurosis, seccionó la cuarta vértebra cervical, la médula espinal, músculos anteriores de la nuca, esófago y la tráquea, los vasos arterio-venosos del cuello".

No aparece, pues, fundada esta causal.

Causal 2ª "Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

Considera el reo que el juicio está viciado de nulidad sustancial, y hace consistir ésta en la violación que, según él, se hizo del artículo 345 de la Ley 105 de 1890, al consignar en el auto de proceder lo siguiente: "En la consumación de este delito hubo por parte de su autor premeditación, sangre fría, traición, engaño y desapercibimiento por parte de la víctima. Todo ello es lo que caracteriza un perfecto asesinato".

Es verdad que en el auto de proceder se determinó la especie del homicidio imputado a Bermúdez. Pero como ello se hizo en la parte motiva y no en la resolutiva de dicha providencia, resulta claro que no hubo violación del citado artículo 345, pues lo que éste prohíbe es que se haga tal calificación en la parte resolutiva del enjuiciamiento.

Luego carece también de apoyo legal esta causal.

Causal 5ª "Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

Esta causal ni siquiera puede considerarse, por no haberse cumplido en este caso la condición a que ella está subordinada: debate previo en las instancias sobre la injusticia notoria del veredicto.

Además, y como lo anota en su vista el señor Procurador, "la respuesta de los jurados se acomoda plenamente a las pruebas del proceso, que muestran sin lugar a dudas que Ríos asesinó a Bermúdez".

De consiguiente, tampoco está demostrada esta causal.

Causal 1ª "Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación

de ésta o por indebida aplicación de la misma".

Considera el recurrente que la pena de 15 años de presidio que se le impuso es excesiva, porque en él no concurren circunstancias de mayor peligrosidad.

En primer lugar, debe anotarse que tal sanción es la que como mínimo trae el artículo 363 del nuevo Código Penal (Ley 95 de 1936), y que esta disposición se le aplicó como más favorable, puesto que el asesinato estaba antes castigado con una pena fija de 20 años de presidio (artículos 598, Ley 19 de 1890; 3ª y B, transitorio, Acto Legislativo número 3 de 1910, y 3ª, Ley 54 de 1913).

Y en segundo término, cabe observar, como lo dice el señor Procurador, "que si hubo alguna equivocación de parte de los falladores, ella se realizó en el sentido de aplicar con benignidad el nuevo Código Penal, sin parar mientes en que por lo menos la circunstancia prevista por el artículo 37 en su numeral 4ª, relativa a los deberes especiales que las relaciones de parentesco imponían al delincuente respecto de su víctima, no permitían que la sanción establecida en el artículo 363 para el asesinato, se aplicara en su mínimo".

Por tanto, tampoco está acreditada esta causal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Buga, fechada el 29 de febrero del año en curso, que condenó a José Aparicio Ríos a la pena principal de 15 años de presidio, como responsable del delito de homicidio (asesinato), cometido en la persona de Rafael Bermúdez.

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

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES — NOTIFICACION DEL MANDAMIENTO EJECUTIVO

1. Cuando son varios los ejecutados el mandamiento de pago debe ser notificado a todos, y no es posible, en buena técnica procesal, antes de llenar esta formalidad, elevar los autos al superior para que decida el recurso de apelación o el incidente de excepciones. En una palabra, cuando la parte ejecutada es múltiple no se puede tener por notificada a esta parte mientras no se haya hecho el requerimiento de pago a todas las personas que la componen.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado).

La "Compañía Antioqueña de Transportes" giró a cargo de la sociedad comercial "Roberto V. Gamboa & Cía.", domiciliada en Bogotá, y a favor del Tesorero General de la República, una serie de libranzas por valor de seiscientos noventa y siete pesos con veintisiete centavos moneda legal ($ 697.27), las cuales fueron aceptadas por el señor Carlos J. Camacho.

Endosadas las libranzas a favor del Recaudador General de Rentas Nacionales, éste las remitió al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá para su cobro por jurisdicción coactiva.

Con previo reconocimiento de dichas libranzas, el mencionado Juzgado entabló juicio ejecutivo contra el girado; este juicio siguió su curso hasta que se suspendió por convención entre las partes, según la cual el señor Carlos J. Camacho personalmente se constituyó deudor por el valor de las libranzas y a favor de la Recaudación General de Rentas Nacionales; el señor Camacho se obligó a pagar su deuda por mensualidades de cincuenta pesos cada una y presentó como fiador solidario al señor Eduardo de Toro Pereira. (Folios 15 a 11 del cuaderno número 1).

El mismo Juzgado, con fundamento en una fianza solidaria y en virtud de los mismo títulos, entabló juicio ejecutivo contra los señores Avelino y José Vicente Gamboa, del cual fueron absueltos por el Tribunal Superior de Bogotá.

El diez de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, el mismo Juzgado de Ejecuciones Fiscales dictó mandamiento ejecutivo contra la sociedad comercial "Roberto V. Gamboa & Cía.", cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"..... este Juzgado, decreta mandamiento de pago, por la vía ejecutiva, a favor del Tesoro Nacional y contra la persona y bienes de la "Sociedad comercial Roberto V. Gamboa & Cía.", en la persona del Gerente y socio Administrador Roberto V. Gamboa, y en la de los fiadores solidarios de la misma sociedad señores Fernando Salazar y Carlos Baena, todos vecinos de Bogotá y donde tiene su residencia dicha compañía; y contra el señor Eduardo del Toro Pereira, igualmente vecino de Bogotá y en forma subsidiaria como fiador solidario del socio Carlos J. Camacho, por la suma de seiscientos cuarenta y siete pesos con veintisiete centavos moneda corriente ($ 647.27)".

El señor Roberto V. Gamboa fue notificado del auto anterior, y por medio de su apoderado doctor Guillermo Mesa Prieto, solicitó la modificación del auto de mandamiento de pago dictado el diez de noviembre de mil novecientos treinta y ocho. Esta modificación se hizo por auto del tres de julio de mil novecientos treinta y nueve del citado Juzgado, "en el sentido de librar, como en efecto se libra, orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de la persona y bienes de la sociedad colectiva de comercio "Roberto V. Gamboa & Cía.", en las personas de sus gerentes y socios administradores, señores Roberto V. Gamboa y Carlos J. Camacho E., con la circunstancia, además, en

relación con el citado Camacho, de haber quedado hecho cargo y responsable del activo y del pasivo de dicha sociedad, según la escritura de disolución y liquidación ya mencionada, junto con la otra socia, señora Emilia Serrano Cuervo de Camacho, en relación con la cual, y en tal condición, se reforma igualmente dicho auto ejecutivo, y con base en la solidaridad de todos estos socios, que se desprende de la calidad de la sociedad que constituyeron; y a cargo de los fiadores solidarios de la misma sociedad, señor Fernando Salazar y Carlos Baena; y, con el señor Eduardo del Toro Pereira, en forma subsidiaria como fiador solidario del socio Carlos J. Camacho E., Por la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS ($ 647.27) moneda legal.....";

Este auto fue notificado al señor Roberto V. Gamboa por medio de su apoderado doctor Guillermo Mesa Prieto, quien propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, de prescripción, y de inexistencia de la obligación.

Tramitado legalmente este negocio, se procede a considerar lo siguiente:

Aparece de autos que las excepciones propuestas toman como base un auto ejecutivo que comprende varios ejecutados, y que solamente fue notificado uno de ellos, el señor Roberto V. Camboa.

A este respecto, observa la Corte: cuando son varios los ejecutados, el mandamiento de pago debe ser notificado a todos, y no es posible, en buena técnica procesal, antes de llenar esta formalidad, elevar los autos al superior para que decida el recurso de apelación (o el incidente de excepciones en casos establecidos por la ley), propuesto por sólo uno de tales ejecutados, el único notificado del mandamiento ejecutivo. Si tal cosa se admitiera, el juicio podría prolongarse indefinidamente, ya que, como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, cada una de las personas comprendidas en el mandamiento de pago podría, una vez notificada del mismo, hacer valer las excepciones que creyera tener a su favor; y de esta suerte "se daría el caso anormal de que la Corte entrara a conocer varias veces de unas mismas cuestiones", y, además, se contrariaría el precepto legal que prohibe al ejecutado presentar en forma sucesiva las excepciones que crea le favorezcan. Lo lógico, lo procedente en el evento previsto, es hacer el envío de los autos al Superior cuando ya se sabe por estar notificados del mandamiento de pago todos los ejecutados, cuáles son los medios de defensa que éstos emplean para librarse de la ejecución.

Por otra parte, no puede resolverse un incidente de excepciones mientras no haya juicio ejecutivo, y no lo hay, conforme al artículo 981 del C. J., mientras no se notifique al ejecutado el mandamiento de pago. Cuando la parte ejecutada se compone de varios, han de estar notificados todos para que se cumpla la exigencia legal.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve, que se devuelva el presente negocio para que se hagan las notificaciones respectivas a todos los ejecutados.

Notifíquese.

Juan A. Donado V. — Arturo Tapias Pilonieta — Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION SOBRE PAGO DE SERVICIOS DERIVADA DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.—La remuneración de los domingos y días feriados trabajados por los empleados de sueldo mensual, que pertenezcan a empresas nacionales, departamentales y municipales, está reglamentada por el decreto ejecutivo número 222 de 1932. Conforme a éste, si existe un descanso compensatorio no habrá lugar a la indemnización prevista.— 2. El derecho al pago de horas extraordinarias de trabajo fue consagrado en la legislación por Decreto Ejecutivo número 895 que aprobó la Resolución número 1º de 1934 de la Oficina General del Trabajo. Según este decreto es evidente que el derecho a que se reconozcan horas extras no depende únicamente de que el empleado haya trabajado al día más de ocho horas, sino que el promedio semanal haya superado la jornada de cuarenta y ocho horas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Osías Lozano Quintana, en libelo de octubre 24 de 1936 dirigido al Tribunal Superior de Medellín, en su carácter de apoderado del señor Ricardo Mejía E., promovió demanda contra el Ferrocarril de Antioquia, señalando como representante de esta entidad al Departamento del mismo nombre.

Como fundamentos de hecho adujo los siguientes:

"a) Según copia que debidamente autenticada acompaño, el señor Ricardo Mejía E.—de las condiciones civiles dichas—trabajó como empleado del Ferrocarril de Antioquia desde el (12) doce de julio de 1932 hasta el dos (2) de julio del presente año, con el empleo de boticario primer ayudante del hospital central de la empresa nombrada;

"b) Las funciones del empleo que desempeñaba el señor Mejía exigían servicios permanentes, por lo cual su trabajo se extendía a los días festivos;

"c) Por la misma circunstancia de ser el trabajo permanente, el señor Mejía servía no solamente en los días festivos sino también a una jornada superior a la legal del trabajo, pues empezaba sus tareas a las siete (7) de la mañana para concluírlas a las diez de la noche, lo que da un exceso de cinco horas diarias de trabajo, deducción hecha de las horas de comida;

"d) El ferrocarril de Antioquia no pagó al señor Mejía el valor de su trabajo durante los días festivos, ni tampoco el valor de las horas extraordinarias que sirvió, según puede verse en el certificado expedido por el contralor departamental, que también acompaño;

"e) El sueldo que devengaba Ricardo Mejía E. como empleado del Ferrocarril de Antioquia era de ochenta y cinco pesos ($ 85.00) moneda colombiana, y él debe servir de base para fijar el valor de la remuneración que por medio de esta demanda se reclama;

"f) Los días festivos que dejaron de pagarse a mi representado Mejía, computados los de fiestas eclesiásticas y cívicas, son sesenta y cinco (65), contados desde el 10 de julio de 1935 al 2 de julio de 1936;

"g) Las horas extraordinarias de trabajo que se deben al señor Mejía E. valen aproximadamente la suma de mil quinientos ochenta pesos ($ 1,580.00) m. l. que, sumados a los ciento ochenta y cuatro pesos que valen los días festivos, arrojan un total de un mil setecientos sesenta y cuatro pesos moneda colombiana ($ 1,764.00)".

En providencia de agosto 14 de 1937 el Tribunal desató la litis negando las declaraciones pedidas por Ricardo Mejía E. y absolviendo al Departamento de Antioquia de los cargos contenidos en la demanda.

Contra este fallo el actor interpuso el recurso de apelación que le fue concedido para ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, donde, agotado el procedimiento, propio de la segunda instancia, entra la Sala a resolver en definitiva.

Durante el término probatorio el entonces apoderado del demandante, doctor

Jorge Hernán Latorre, pidió el decreto y práctica de varias pruebas, con el fin de mejorar las ya traídas ante el Tribunal a quo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en escrito de septiembre 4 de 1940, solicita la confirmación de la providencia del Tribunal Superior de Medellín, con fundamento en la deficiencia de la prueba presentada por el actor para demostrar su derecho.

La Sala considera:

Con la copia del acta de posesión ante la Superintendencia General del Ferrocarril de Antioquia (fl. 6, C. 1º) y la certificación del Jefe Administrativo y de Control del mismo ferrocarril (fl. 16, C. 3), documentos ambos aducidos por el actor, se acredita el carácter de empleado como Ayudante del Boticario del Hospital Central del Ferrocarril de Antioquia del señor Ricardo Mejía E. desde el día 23 de julio de 1932 hasta el 20 de junio de 1936. Este lapso de tiempo es menor y distinto del traído por el demandante en el hecho a) del escrito de su demanda.

El actor intenta dos acciones contra el Ferrocarril de Antioquia, la correspondiente al pago de los días festivos contados desde el 10 de julio de 1935 hasta el 2 de julio de 1936, y la referente al pago de horas extras durante todo el término de su permanencia en el empleo.

En relación con la petición primera, o sea, el pago por los días festivos trabajados, se observa:

La remuneración de los domingos y días feriados trabajados por los empleados de sueldo mensual, que pertenezcan a empresas nacionales, departamentales y municipales, está reglamentada por el decreto ejecutivo número 222 de 1932. Este consagra, para los empleados que trabajan los días de fiesta el derecho a gozar de un descanso compensatorio o a una indemnización igual a la treintava parte del sueldo, siempre que el empleado haya trabajado todos los días hábiles de la semana. De modo pues, que si existe un descanso compensatorio, no habrá lugar a la indemnización prevista.

Consta por el certificado que obra al fl. 4 del C. 1º, que al señor Mejía le fueron pagados dobles los días festivos hasta el 31 de julio de 1935. Sobre este particular no hay discusión, ya que el actor limita sus peticiones de esta última fecha en adelante; luego admite que su trabajo fue debidamente remunerado, en cuanto a días festivos trabajados, en el tiempo anterior al mes de julio de 1935.

Se aduce como prueba la circular 350 del Jefe de Sanidad del Ferrocarril, de fecha 5 de julio de 1935, en que se dispone no pagar el doble del valor de los días feriados de esa fecha en adelante. La resolución dice así: "Número 350.—Medellín, 5 de julio de 1935.—Señor Jefe de Sanidad.—E. S. D.—Para dar cumplimiento a disposiciones vigentes ruego a usted el favor de tener presente que al personal empleado actualmente en el Hospital Central no debe pagársele doble el día domingo ni los feriados que se interpongan en cada semana. Tengo la opinión de que puede establecerse perfectamente el descanso compensatorio para los dos o tres empleados que hoy día no descansan; y en cuanto a los médicos considero, que el descanso les está siendo compensado ampliamente, ya que, por la naturaleza de sus funciones, solamente trabajan cinco horas por día. Esta determinación ha de surtir sus efectos desde la próxima semana y espero que usted habrá de encontrar fundamentada la presente exigencia. Soy de usted muy atento y seguro servidor.—Ferrocarril de Antioquia. (Fdo.) Antonio Restrepo A., Superintendente General".

Con base en esta resolución se afirma que desde el mes de julio del citado año hasta la fecha de su despido se le adeuda al demandante la remuneración por su trabajo en los días festivos. Pero si de esta circular se podría deducir la suspensión del pago de los días festivos desde el mes de julio de 1935 en adelante, no es prueba de que el actor los haya trabajado realmente, ni tampoco el de que no haya gozado de los otros derechos establecidos en nuestra legislación, como puede ser el descanso compensatorio. Porque si es cierto que por la mencionada circular se demuestra la suspensión del pago doble de los días festivos, también se infiere de su texto que ella estableció el descanso compensatorio.

Las declaraciones que obran en autos tan sólo acreditan que el señor Mejía "trabajó la mayor parte de los días festivos y feriados mientras estuvo al frente del empleo", es decir, se refieren a todo el tiempo durante el cual fue empleado del Ferrocarril de Antioquia. Ahora bien, la mayor parte de los días festivos y feriados está comprendida entre la fecha de la posesión o sea, el 23 de julio de 1932 y el 10 de julio de 1935. Estos fueron convenientemente remunerados y no

son objeto de la demanda. La vaguedad de las declaraciones no permite deducir de ellas el hecho concreto de que el actor trabajó los días festivos a que hace mención.

No estando comprobado que el señor Ricardo Mejía E. hubiera trabajado en los días feriados comprendidos entre el 1º de julio de 1935 y el 2 de julio de 1936, es improcedente acceder a la primera petición de la demanda.

El derecho al pago de horas extraordinarias de trabajo fue consagrado en la legislación por Decreto Ejecutivo número 895 que aprobó la Resolución número 1 de 1934 de la Oficina General del Trabajo. Según el parágrafo 2º, artículo 2º de la Resolución, cuando el trabajo no requiera continuidad, podrá la duración de la jornada ampliarse en más de ocho horas o en más de cuarenta y ocho semanales, con tal de que el promedio en tres semanas no pase de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho horas semanales. Es evidente, según este decreto que el derecho a que se reconozcan horas extras no depende únicamente de que el empleado haya trabajado al día más de ocho horas, sino que el promedio semanal haya superado la jornada de cuarenta y ocho horas. Las declaraciones aducidas por el señor Mejía E. se refieren a que trabajaba más de ocho horas al día, pero no se especifica cuántas eran, ni si este trabajaba todos los días hábiles de la semana.

Además, el reconocimiento legal de pago de horas extraordinarias no tuvo lugar sino en el año de 1934. Estas disposiciones no tienen carácter retroactivo. El reconocimiento del demandado de que el actor trabajó y se le pagaron horas extras en el año de 1933 no es del caso, ya que el Ferrocarril no estaba obligado por disposición legal alguna vigente en esa época.

Luego no prospera la acción sobre horas extraordinarias, porque el actor no demostró que su trabajo hubiera excedido del legalmente autorizado, y las disposiciones que lo reglamentan carecen de efecto retroactivo.

La acción se dirige contra el Ferrocarril de Antioquia, representado por el departamento del mismo nombre.

El actor no probó, en manera alguna, la personería del Ferrocarril, ni que éste sea representado por el Departamento de Antioquia, si es que hubiera de entenderse que la entidad demandada sea distinta de la entidad Departamento. Si el Ferrocarril pudiera estimarse como entidad dependiente del Departamento, conforme a las disposiciones legales, éste ha debido ser el demandado, cosa que no aparece del escrito de la demanda.

Con todo, al admitirse la demanda se expresó: "Por venir conforme a la ley se acepta la demanda ordinaria establecida por el doctor Osías Lozano Quintana, en representación del señor Ricardo Mejía E., contra el Departamento de Antioquia". Se tuvo, pues, en el juicio, como parte demandada al Departamento, es decir, que se consideró por el juzgador y por las partes como demandado al Departamento de Antioquia. A esta verdad procesal se acomoda la Corte.

Debe, por lo dicho, confirmarse el fallo de primera instancia.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de fecha 14 de agosto de 1937, proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA SALA PARA CONOCER DE UNA DEMANDA SOBRE NULIDAD DE NOMBRAMIENTOS DE MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

La revisión de los actos de corporaciones o empleados administrativos en ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa, que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales seccionales de lo Contencioso-administrativo. Esta regla general tiene su excepción de acuerdo con el mandato del artículo 139 de la Ley 85 de 1916, que atribuye a la Corte Suprema el conocimiento sobre nulidad de la elección de Consejeros de Estado, hecha por el Congreso, y la que hacía el Consejo mencionado de Magistrados de la Corte de Cuentas. A su vez, el Consejo de Estado conoce, en virtud de la misma disposición, de la nulidad de las elecciones hechas por la Corte Suprema de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las que verifican las Cámaras legislativas para Magistrados de la Corte Suprema. En relación con las nulidades sobre nombramientos hechos por el Consejo de Estado para magistrados de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo no existe disposición legal que autorice a la Corte Suprema para aprehender su conocimiento. Y no puede deducirse esa atribución por analogía de la que tiene la Corte para decidir en los asuntos tocantes con la elección de Consejeros de Estado, o con la que tuvo respecto de los Magistrados de la Corte de Cuentas, porque la jurisdicción debe resultar siempre de disposiciones concretas y nunca de reglas que consagren normas semejantes. La jurisdicción es expresa y no analógica.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha cuatro de octubre de mil novecientos treinta y nueve, pasó a la Sala de Negocios de la misma la demanda propuesta por el señor Alejandro Martínez Robles sobre la nulidad de dos acuerdos del Consejo de Estado por medio de los cuales se eligieron algunos magistrados interinos del Tribunal Contencioso Administrativo de Santa Marta. Al hacerlo se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 38, numeral 2º del Código de Procedimiento.

La facultad de administrar justicia, ejercida por medio del Organo Judicial, es la jurisdicción, que cuando se concreta a una Corporación o a un Juez se denomina competencia. La competencia es la jurisdicción delimitada por medio de la ley, que la atribuye a una persona o corporación.

Es principio general de derecho que los funcionarios públicos sólo tienen aquellas facultades que la ley expresamente les concede; es decir, sólo pueden ejecutar los actos para los cuales estén facultados por disposiciones generales o especiales. En cambio los ciudadanos o simples particulares pueden hacer todo lo que las leyes no les prohiben.

En tratándose del Organo Judicial, la facultad de administrar justicia está expresamente limitada y determinada por las normas que reglan la jurisdicción y competencia. De suerte que si un juez o tribunal no tiene facultad expresa para conocer de un determinado negocio, usurpa jurisdicción, se extralimita en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 38, numeral 2º, del Código de Procedimiento atribuye a la Sala de Negocios Generales el conocimiento de los asuntos que correspondan a la Corte Suprema, por mandato de la Constitución o de leyes especiales, y que no estén adscritos a la Corte Plena o a las Salas de Casación. En armonía con las normas aludidas, y según el precepto mencionado, esta Sala puede darle curso únicamente a negocios no atribuídos a ella de modo expreso, siempre que su conocimiento se haya dado a la Corte por man-

dato de la Constitución o de una ley especial.

La revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, corresponde a la jurisdicción contencioso admisistrativa, que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales seccionales de lo Contencioso Administrativo.

Esta regla general tiene su excepción de acuerdo con el mandato del artículo 199 de la Ley 85 de 1916, que atribuye a la Corte Suprema el conocimiento sobre nulidad de la elección de Consejeros de Estado, hecha por el Congreso, y la que hacía el Consejo mencionado de magistrados de la Corte de Cuentas. A su vez, el Consejo de Estado conoce, en virtud de la misma disposición, de la nulidad de las elecciones hechas por la Corte Suprema de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las que verifican las Cámaras legislativas para Magistrados de la Corte Suprema.

En relación con las nulidades sobre nombramientos hechos por el Consejo de Estado para magistrados de los Tribunales Contencioso-Administrativos, no existe disposición legal que autorice a la Corte Suprema para aprehender su conocimiento. Y no puede deducirse esa atribución por analogía de la que tiene la Corte para decidir de los asuntos tocantes con la elección de Consejeros de Estado, o con la que tuvo respecto de los Magistrados de la Corte de Cuentas, porque la jurisdicción debe resultar siempre de disposiciones concretas y nunca de reglas que consagren normas semejantes. La jurisdicción es expresa y no analógica.

La Sala de Negocios Generales de la Corte, no es, por tanto, competente para conocer de la demanda a que se ha hecho referencia, y así lo declara para los efectos a que haya lugar.

Cópiese y notifíquese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

INCIDENTE DE NULIDAD

1.—El traslado tiene por objeto dar a conocer el contenido de la demanda a fin de que con la contestación se fijen los términos del debate; y uno de los requisitos esenciales para que aquél se surta es la notificación personal a la parte respectiva del auto en que se ordena darlo. — 2.—La ley no autoriza la anulación del proceso en relación con solo uno de los litigantes que componen una de las partes, bien sea la demandante o la demandada. Y ello se explica fácilmente: si se admitiese que determinada actuación es nula en lo que respecta a solo uno de los componentes de cualquiera de las partes, y válida en lo que atañe al otro u otros componentes de la misma parte, se rompería la unidad de relación procesal con evidente perjuicio del método que debe presidir la actuación y del natural engranaje que se presume en los componentes de cada grupo de contendientes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

El señor Procurador General de la Nación presentó el 10 de diciembre de 1924, ante la Corte Suprema de Justicia, demanda ordinaria contra los señores Luis Santos París y Roberto Cortázar, para que se declare resuelto el contrato celebrado entre los demandados y la Nación, por conducto del Ministerio de Gobierno, con fecha de 16 de abril de 1917, y para que se les condene a reintegrar solidariamente al Tesoro Nacional las sumas indebidamente cobradas por el señor Luis Santos París, más los perjuicios proveaientes del incumplimiento del contrato y los intereses de tales cantidades.

Admitida la demanda el 30 de enero de 1925 se ordenó dar traslado de ella, el cual sólo se surtió con respecto al demandado señor Cortázar. Emplazado el señor Santos París, se le nombró defensor; el cargo recayó sobre el doctor Augusto Martínez, quien fue debidamente posesionado.

El juicio siguió su curso normal hasta ponerse en estado de citar para sentencia, cuando el señor Roberto Cortázar, por medio de memorial presentado el 26 de junio de 1939, puso en conocimiento del Magistrado sustanciador, el fallecimiento del doctor Augusto Martínez, defensor del señor Luis Santos París. Por este motivo se nombró un nuevo defensor, que lo es el señor Faustino Molano, quien tomó posesión de su cargo en legal forma.

El doctor Molano, en su calidad expresada, solicitó que, mediante los trámites de una articulación, se declarara la nulidad de todo lo actuado en este juicio desde la presentación de la demanda, y que después se archivara el expediente.

Tramitado el incidente en la forma debida, se procede a fallarlo mediante las consideraciones siguientes:

El doctor Molano se expresa de esta manera:

"El señor Procurador General de la Nación instauró demanda ordinaria contra el señor Luis Santos París y otro, en libelo presentado ante la Corte el día 10 de diciembre de 1924 (fl. 22, C. número 1).

"Por auto de 30 de enero de 1925 se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a los demandados.

"No habiéndose podido notificar personalmente al señor Santos París, se citó y emplazó al demandado por medio de edicto fijado el 21 de julio de 1925, por el término de 30 días para que se presentara a estar a derecho en juicio.

"Vencido el emplazamiento y previo informe de la secretaría de no haberse presentado el reo, por auto de fecha 26 de octubre de 1925, la Corte le nombró defensor en la persona del doctor Augusto Martínez, quien posesionado en forma le-

gal, se le notificó la demanda y se le corrió el traslado de ley. El defensor la contestó en escrito de 25 de noviembre, y alegó todas las excepciones perentorias que aparecieran probadas en el juicio.

"Fundado en la anterior relación de hechos, y en la prueba que se desprende de la copia del acta de defunción del señor Luis Santos París, expedida por el cura párroco de Funza con fecha 4 de marzo pasado, y que acompaño en este escrito, solicito de la H. Sala, fundado en el numeral 3º del artículo 448 del C. J. declare la nulidad de todo lo actuado, desde la presentación de la demanda, pues cuando la demanda fue aceptada, el señor Santos París hacía mes y medio había muerto; y no habiendo constancia en los autos de haberse enderezado la demanda contra la sucesión del citado señor, o contra la persona de sus herederos, la actuación de todo el juicio es nula, por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en el traslado que se dio al incidente, emitió su concepto sobre el particular como pasa a verse:

"Evidentemente, el señor Procurador General de la Nación instauró demanda contra el señor Luis Santos París, pero también es cierto que además demandó a su fiador solidario señor Roberto Cortázar.

"La demanda fue admitida contra ambos; y en tanto que en relación con el primero de los nombrados hubo necesidad, previo emplazamiento, de nombrarle defensor, en relación con el segundo, o sea Roberto Cortázar, no sucedió lo mismo, pues él personalmente actuó en el juicio y ha sido, por lo mismo, oído en él.

"Parece cierto que el señor Santos París dejó de existir. Tal hecho acaeció después de presentada pero antes de ser admitida la demanda contra él encaminada.

"Si, pues, prosperara la nulidad sería contra quien fue mal emplazado, no contra quien ha sido oído plenamente en este proceso".

La Corte, después de analizar la prueba de la muerte del señor Luis Santos París, encuentra que es un hecho cierto que tal acontecimiento tuvo lugar el día 15 de diciembre de 1924, es decir, cinco días después de presentada la demanda contra él y contra el señor Roberto Cortázar por el señor Procurador General de la Nación, y mes y medio antes de la admisión de la misma.

Según las reglas generales de procedimiento, en los juicios ordinarios se ordena dar traslado de la demanda a la persona o personas contra quien se dirige. El traslado tiene por objeto dar a conocer el contenido de la demanda a fin de que con la contestación, se fijen los términos del debate; y uno de los requisitos esenciales para que aquél se surta, es la notificación personal a la parte respectiva del auto en que se ordena darlo.

En el caso que se contempla, ¿a quién se debió notificar el auto en que se manda dar traslado de la demanda? Evidentemente a los demandados. Y tenemos que en el presente caso al señor Cortázar se le notificó el auto respectivo, no así al señor Santos París, quien había muerto desde antes de la admisión de la demanda. Fallecido éste, ¿a quién se debía notificar el auto referido? Naturalmente, y así lo dispone la ley, a los herederos universales del difunto, ya que éstos representan la persona del de cujus para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles. El emplazamiento que se hizo al señor Luis Santos París, debió dirigirse a sus herederos, o al curador de la herencia yacente, si era el caso, de ninguna manera a un muerto, puesto que por la naturaleza misma de las cosas, el tal carece de la capacidad para hacerse oír en el juicio. Es por tales razones, el caso actual, el precisamente contemplado en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial. La nulidad del juicio a este respecto es cuestión incontrovertible, y así habrá de declararlo la Corte.

La Sala no comparte el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil en cuanto dice que si prosperara la nulidad sería contra quien fue mal emplazado, no contra quien ha sido oído plenamente en este juicio.

La ley no autoriza la anulación del proceso en relación con uno solo de los litigantes que componen una de las partes, bien sea la demandante o la demandada. Y ello se explica fácilmente: si se admitiese que determinada actuación es nula en lo que respecta a sólo uno de los componentes de cualquiera de las partes, y válida en lo que atañe al otro u otros componentes de la misma parte, se rompería la unidad de la relación procesal con evidente perjuicio del método que debe presidir la actuación y del natural engranaje que se presume en los componen-

tes de cada grupo de contendientes.

Imagínese que en el presente caso se adoptara la tesis del señor Procurador Delegado en lo Civil y que se anulara la actuación en lo que respecta a uno de los demandados, el fallecido antes de que se hubiese surtido el traslado de la demanda. Con ello se daría por sentado que las providencias a que la anulación parcial se refiere valen para uno de los demandados, y no tienen valor o son ineficaces para el otro, y que la actuación que hubiese de reponerse no comprendería o afectaría a éste. Consecuencias inaceptables, puesto que las providencias dictadas en un pleito deben afectar por igual a todos los litigantes que sostienen la misma pretensión, es decir, a los que componen las partes en el juicio. Eso exige la unidad de acción que se presupone en cada grupo de litigantes que endereza sus actividades jurídicas en igual sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara nulo todo lo actuado en el presente juicio, a partir del auto admisorio de la demanda.

Hágase saber a las partes y cópiese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán.—Arturo Tapias Pilonieta — Hernán Salamanca—Fulgencio Lequerica Vélez—Manuel Pineda Garrido, Srio. en propiedad.

PROPOSICION

"La Corte, en Sala Plena, consigna en el acta de hoy, su sentimiento de pesar por el fallecimiento de la señora doña Carmen R. de Cepeda, distinguida matrona, dechado de excelsas virtudes, y testimonia la participación que toma en el duelo que aflige a su apreciado hijo doctor Isaías Cepeda, miembro destacado de esta Corporación. En nota de estilo trascríbase esta proposición al doctor Cepeda. Publíquese en la Gaceta Judicial."

Bogotá, 21 de septiembre de 1940.

INDICE

Págs.

EDITORIAL—LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO, por Bernardo Larraín Vial 789

SALA PLENA

ACLARACION DE LA SENTENCIA QUE DECIDIO AFIRMATIVAMENTE LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD CONTRA EL ARTICULO 4º DE LA LEY 100 DE 1937—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 799

ARTICULO 2º DE LA LEY 172 DE 1938, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 801

DECRETO NUMERO 1709 DE 1939, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL. — Magistrado ponente, Dr. Daniel Anzola..... 809

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

OPOSICION A UN DESLINDE DE MINAS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira de 11 de julio de 1939, en el ordinario de Bernardo Jaramillo contra Justiniano Londoño. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.... 811

REIVINDICACION. — VENTA DE UNA MISMA FINCA RAIZ A DOS PERSONAS. — No se casa la sentencia de 12 de julio de 1939, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de Andrés Torres E. contra Gonzalo D. Otero y otro. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 815

ACCIONES DE INEFICACIA DE UN PACTO DE RETROVENTA, REIVINDICACION, ETC.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto de 16 de agosto de 1939, en el ordinario de Elvira Cortés de de la Rosa contra Teodulfo Dulce y otro. — Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola..... 817

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS POR SUPUESTA DEMENCIA DE UNO DE LOS CONTRATANTES.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 14 de octubre de 1938, en el ordinario de Ana Joaquina Zuluaga contra Ramón Gómez S. — Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 823

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SUPUESTAS SIMULACION Y DOLO. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta de 9 de octubre de 1939, en el ordinario de Pedro D. Ramos contra José del Tránsito Saumet y otro. — Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 830

OPOSICION AL DESLINDE DE UNA MINA—CERTIFICADOS DE LOS EMPLEADOS DE HACIENDA SOBRE PAGO DEL IMPUESTO DE MINAS.—TITULO MINERO. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 5 de agosto de 1938, en el ordinario de Manuel S. Pérez M. contra la sociedad británica "The Churiman Exploration Syndicate Limited".— Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 834

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE SIMULACION — CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA CONFORME A LA LEY 28 DE 1932.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena de 26 de julio de 1939, en el ordinario de Petrona Ramos de Alvarez contra Julio Enrique Vergara H. sobre nulidad de un contrato. — Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola.... 842

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS—RELACIONES DE VECINDAD—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 16 de diciembre de 1939, en el ordinario de Manuel Corssi contra la Compañía de Samacá, por perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 850

MANDATO COMERCIAL. — RENDICION DE CUENTAS DEL MANDATARIO. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de 26 de septiembre de 1939 en el ordinario de Plutarco Paz contra Luis Aurelio Guerrero—Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez 854

REIVINDICACION DE MEJORAS EN TERRENOS BALDIOS. — OBRAS EJECUTADAS POR

Págs.

CUENTA DE TERCEROS. — ACCION DE DOMINIO.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 14 de marzo de 1939, en el ordinario de Lisandro Villegas contra Antonio María González, para que se declare que es dueño de unas mejoras.—Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola. 859

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO EJECUTADO EN RIÑA PROVOCADA POR EL QUE MURIO. — QUE SE ENTIENDE POR PROMOVER Y PROVOCAR UNA RIÑA. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 22 de junio de 1939, que impuso a Bernardino Neusa la pena de seis años de presidio como responsable de la muerte de Pedro Plazas. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 865

SE CONDENA A UN JUEZ POR INTERVENCION EN LA POLITICA.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, de 14 de noviembre de 1939, que condenó a un ex-juez de Circuito al pago de una multa. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 868

APLICACION DEL ARTICULO 153 DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — Se declara que no existen los delitos de prevaricato y abuso de autoridad que el doctor Julio César Camargo atribuyó a los Magistrados del Tribunal Superior de Tunja, y se dispone que cese el procedimiento.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 869

COLISION DE COMPETENCIA.—Se abstiene la Corte de decidir la que se promovió entre los jueces de los circuitos penales de Armenia y Sevilla.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre..... 871

EL JUZGAMIENTO DE LOS JUECES DE TIERRAS CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL.—Se revoca el auto de 16 de febrero último, proferido por la Sala de Casación Penal y se dispone que se remitan las diligencias al Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 873

RESPONSABILIDAD DE LOS GOBERNADORES POR LA INFRACCION DE LA CONSTITUCION O DE LAS LEYES.—Se llama a juicio a un ex-Gobernador. — Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto..... 875

Salvamento de voto del doctor Campo Elías Aguirre a la anterior providencia 886

HOMICIDIO ASESINATO. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga de 29 de febrero del año en curso, que condenó a José Aparicio Ríos a quince años de presidio—Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto... 893

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES. - NOTIFICACION DEL MANDAMIENTO EJECUTIVO.—Se resuelve que sea devuelto el negocio para que se hagan las notificaciones a todos los ejecutados en el ejecutivo de la Nación contra Roberto V. Gamboa & Cía. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 895

ACCION SOBRE PAGO DE SERVICIOS DERIVADA DEL CONTRATO DE TRABAJO. — Se confirma la sentencia de 14 de agosto de 1937 del Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Ricardo Mejía E. contra el Ferrocarril de Antioquia. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 897

INCOMPETENCIA DE LA SALA PARA CONOCER DE UNA DEMANDA SOBRE NULIDAD DE NOMBRAMIENTOS DE MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. — Se declara que la Sala de Negocios Generales no es competente para conocer de la demanda propuesta por Alejandro Martínez Robles sobre nulidad de unos acuerdos del Consejo de Estado.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 900

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

INCIDENTE DE NULIDAD. — Se declara nulo todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda en el ordinario de la Nación contra Luis Santos París y Roberto Cortázar.—Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 902

PROPOSICION de la Corte en pleno 905

GACETA JUDICIAL

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE

SE PUBLICA UNA VEZ CADA MES EN BOGOTA.—REPUBLICA DE COLOMBIA

Los "Talleres Gráficos Mundo al Día"

Calle 14, número 13-56 — Apartados: nacional, 352, Aéreo, 3638, sirven suscripciones al precio de $ 7,50 la serie de 12 números de 158 páginas cada uno, a dos columnas, en formato de cuarto menor. En este precio está incluido el porte para cualquier población de la República.

Podemos Servir Tambien los Números Atrasados que se Relacionan en la Siguiente Lista:

Nº de la edición	Fecha	Valor del ejemplar
1891	Noviembre de 1936	$ 1.50
1895	Diciembre de 1936	1.50
1899	Marzo de 1936	1.50
1900	Abril de 1936	0.75
1903	Diciembre de 1936	1.50
1907/8	Agosto de 1936	1.00
1909/10	Septiembre de 1936	1.00
1911/12	Octubre de 1936	1.00
1913	Mayo de 1936	1.50
1914/15	Noviembre de 1936	1.00
1916	Diciembre de 1936	0.75
1917	Enero de 1937	0.75
1918/19	Febrero y marzo de 1937.....	1.00
1920/21	Abril de 1937	1.00
1922	Marzo de 1938	1.50
1923	Mayo de 1937	0.75
1924	Junio de 1937	0.75
1925	Julio de 1937	0.75
1926	Agosto de 1937	0.75
1927	Septiembre de 1937	1.00
1928	Octubre de 1937	0.75
1929	Noviembre de 1937	0.75
1930	Diciembre de 1937	1.00
1931	Septiembre de 1938	1.50

Nº de la edición	Fecha	Valor del ejemplar
1932	Febrero de 1938	0.75
1933	Marzo de 1938	0.75
1934	Abril de 1938	1.00
1935	Mayo de 1938	0.75
1936	Junio de 1938	0.75
1937	Julio de 1938	0.75
1938	Agosto de 1938	0.75
1939	Junio de 1938	1.50
1940	Septiembre de 1938	1.00
1941	Octubre de 1938	0.75
1942	Noviembre de 1938	0.75
1943	Diciembre de 1938	0.75
1944	Febrero de 1939	0.75
1945	Marzo de 1939	0.75
1946	Diciembre de 1939	1.00
1947	Abril y mayo de 1939.....	1.00
1948	Junio de 1939	0.75
1949	Julio y agosto de 1939.....	1.00
1950	Septiembre y octubre de 1939....	1.00
1951	Noviembre de 1939	1.00
1953/54	Enero febrero y marzo de 1940...	1.00
1955/56	Abril y mayo de 1940.....	1.50
1957/58	Junio y julio de 1940.....	1.50

Toda la Jurisprudencia Sentada en los Ultimos Años

TODO ENVIO DE DINERO DEBE HACERSE A LOS

"Talleres Gráficos Mundo al Día"

Por valor declarado o giro postal. Apartado postal: 352.

CALLE 14, Nº 13-56—BOGOTA—COLOMBIA. Apartado aéreo: 38-38.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE Y JURISPRUDENCIA

DEL TOMO XLIX

NUMERO 1980 — BOGOTA 1948

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR JULIAN MOTTA SALAS

TOMO XLIX — BOGOTA, 1942. — NUMERO 1966.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XLIX

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A

ABANDONO DE MINAS

— 1 —

Véase: MINAS.

ABUSO DE AUTORIDAD

— 2 —

No siempre constituye abuso de autoridad ni menos prevaricato el hecho de que el fallador emplee un "lenguaje incorrecto", que sí es impropio de la seriedad y mesura en las providencias judiciales. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, Nº 1959, julio 17 de 1940) ... 870, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD

— 3 —

¿Cuándo y en dónde se entiende consumado el abuso de autoridad? En el momento y en el lugar en que se manifieste por actos positivos el ánimo o la intención o el propósito de apropiarse el agente en provecho suyo o de un tercero, la cosa mueble ajena que se le entregó por un título no traslaticio de dominio, si se tratare del caso que contempla el art. 412 del Código Penal, de 1936. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, Nº 1959, julio 30 de 1940) ... 872, 1ª

ABUSO DEL DERECHO

— 4 —

Para que pueda estimarse que un acreedor abusa de su derecho es necesario evidenciar la intención de dañar, animus nocendi, o que por lo menos pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado, según el decir de Colin y Capitant. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 4 de 1940) 215, 1ª

ACCESION

— 5 —

El artículo 739 del Código Civil no consagra una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del suelo se considera poseedor de él y el edificador no le disputa a ese dueño su derecho de dominio. La acción reglamenta uno de los casos de accesión, y es aquel en que el dueño del suelo automáticamente se convierte también en propietario de la respectiva edificación, plantación o sementera, pero con el gravamen de reconocer el valor de las mejoras que el tercero ha hecho sobre el terreno que no le pertenece. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1957 y 1958, mayo 28 de 1940) 873, 1ª

Páginas

ACCION DE PETICION DE HERENCIA

— 6 —

La acción de petición de herencia es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es pues una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero y, de consiguiente, la universalidad de los bienes herenciales o una parte alícuota sobre éstos. Por consiguiente, la cuestión de dominio de los bienes en esta acción es consecuencial y enteramente dependiente de la cuestión principal que allí se discute sobre la calidad de heredero. Por eso cuando una finca se reclama como cosa determinada y singular, alegando no propiamente la calidad de heredero de mejor derecho, sino un título traslaticio de dominio, como venta, permuta, donación entre vivos, etc., la acción nunca será de petición de herencia, aun cuando el título provenga del heredero que haya enajenado cosas de la herencia antes o después de la partición, sino una caracterizada acción de dominio. (Casación, XLIX, Nos. 1955 y 1956, abril 9 de 1940) .....

ACCION PAULIANA Y NULIDAD ABSOLUTA

— 7 —

Véase: NULIDAD ABSOLUTA Y ACCION PAULIANA. (G. J. números 1958 y 1954, sentencia de 15 de febrero de 1940, página 70, 1º y 2º).

ACCION RESOLUTORIA

— 8 —

El artículo 1930 del Código Civil no es sino la aplicación al contrato de compraventa del 1546 de la obra citada, que consagra una norma general para todos los contratos bilaterales. En un principio se sostuvo que escogida por un contratante la acción resolutoria o la de cumplimiento del pacto esa escogencia tenía un carácter exhaustivo y fatal, de modo que el insuceso legal en la prosperidad de la acción excogitada hacía imposible que el contratante pudiera luégo invocar la otra. Se aplicó, pues, en todo su rigor, el principio del derecho romano, en el cual no se admitía la condición resolutoria tácita sino sólo la expresa que condicionó la figura jurídica del pacto comisorio. Mas un estudio y análisis detenido del asunto llevó más tarde a la jurisprudencia y a los expositores a una solución contraria, basada en textos expresos mejor interpretados y en razones de equidad. A partir del Código de Napoleón la condición resolutoria expresa quedó configurando el pacto comisorio, en el contrato de compraventa, y la tácita imperando como regla general en todos los pactos bilaterales. Desde Marcadé, Baudry-Lacantinerie y demás autores clásicos hasta los modernos como Colin y Capitant adhieren a esta última solución, lo mismo que el comentador Vélez. Solución que consiste en sostener que si bien es cierto que no pueden ejercitarse simultáneamente las acciones resolutoria del contrato y de ejecución del mismo, o mejor, que no pueden coexistir procesalmente, sí pueden ejercitarse ambas, una
229, 2º después de otra, cuando ha habido insuceso legal o imposibilidad de hacer efectiva la prestación correspondiente con la acción elegida en primer término. (1).

Cuando se ejercita, pues, la acción resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea recibible aquélla, que el juicio en que se demanda el cumplimiento no esté vigente, que haya terminado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no pudo éste, en el juicio de cumplimiento, obtener la

(1) Concordancia: Véase la sentencia de la Corte, de fecha 28 de mayo de 1926, G. J., Tomo XXII, página 334, en que sostiene la misma doctrina.

Páginas

contraprestación que demandaba. En otros términos: no pueden coexistir las dos acciones ni ejercitarse simultáneamente sino una después de otra, cuando la primeramente excogitada no produjo los resultados buscados por el acreedor.

La condición resolutoria expresa sigue las mismas reglas de la tácita en el ejercicio de las dos acciones consagradas por el artículo 1546 del C. C., o sea, que ejercitada la de cumplimiento del contrato y no prosperando ésta o terminado el juicio por un medio legal, puede ejercitarse la resolutoria.

En un mismo juicio pueden entablarse la acción resolutoria de un contrato y su consecuencial, o sea, la restitutoria, sin que sea necesario para ésta que previamente se haya declarado en juicio distinto la resolución. (Casación, XLIX, Nos. 1955 y 1956, mayo 29 de 1940) ..... 317, 1ª y 2ª, 318, 1ª

ACCION RESOLUTORIA

— 9 —

Véase: CONDICION RESOLUTORIA. Sentencia del 2 de febrero de 1940, G. J. Nos. 1953 y 1954.

ACCIONES PRINCIPAL Y ACCESORIA

— 10 —

"El excepcionante considera que el ejercicio simultáneo de varias acciones en una misma demanda es procedente sólo cuando todas interesan a la persona o entidad demandada; pero no cuando por virtud de una de las acciones ejercitadas se introduce otro demandado extraño a las otras acciones. La teoría es aceptable como principio general, cuando el demandado extraño no está ligado por la acción dirigida contra él con otro u otros de los demandados. Por ejemplo, en la misma demanda puede una persona pedir que otra u otras sean condenadas a cumplir un contrato y también a que paguen los perjuicios por la mora en cumplirlo; porque aunque se trata de dos acciones, éstas pueden sustanciarse bajo una misma cuerda, por requerir el mismo procedimiento judicial y no existir incompatibilidad entre ellas, que son los requisitos que exige el artículo 209 del Código Judicial para ejercitarlas a la vez.

"Igualmente, en una misma demanda se puede pedir, por ejemplo, la resolución de un contrato por incumplimiento y la restitución de la cosa sobre la cual versa el contrato, aun cuando ésta última se dirija no sólo contra el contratante incumplido, sino contra un tercero que posea actualmente dicha cosa; porque por más que el tercero no esté ligado directamente a la acción resolutoria, le interesa la decisión sobre ella; puesto que la restitución depende de la suerte que corra la resolución, en los casos en que se trata de contratos bilaterales en que la condición resolutoria consta en títulos inscritos". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLI bis, número 1895 C, marzo 1º de 1935 ..... 295, 2º

ACLARACION DE SENTENCIAS

64, 2º

— 11 —

El artículo 482 del Código Judicial prohibe a los jueces revocar o reformar las sentencias definitivas, de lo cual resulta que proferidas se hace imposible reconsiderarlas por ningún motivo, mucho menos con el de hacer nuevos razonamientos o exponer nuevos puntos de vista que entrañen una revisión total o parcial de las ideas que fueron emitidas. De consiguiente, los conceptos que pueden aclararse no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellas provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo. (Auto, Sala de Casación Civil, XLIX, números 1953 y 1954, enero 31 de 1940) 47, 1

Páginas

ACLARACION DE SENTENCIAS PROFERIDAS EN SALA PLENA

— 12 —

Si por error simplemente material el fallo de inconstitucionalidad abarca materias ajenas de la decisión, como en esa parte la Corte no ha tenido derecho para hacer declaraciones en ningún sentido, su decisión no puede tener en ella la trascendencia de fallo de inconstitucionalidad. Entonces no sería racional alegar la cosa juzgada para subsanar en cualquier tiempo la equivocación, libertando de las cadenas aparentes de la sentencia un hecho que en realidad no ha sido juzgado. Puede entonces aclararse el fallo proferido. (Sentencia, Sala Plena, XLIX, 1959, julio 30 de 1940)..... 800, 1º y 2º

ACREEDOR

— 13 —

El retardo del acreedor en cobrar su obligación no puede considerarse como un acto doloso, lesivo y perjudicial para el deudor. Es claro que el deber primordial del deudor es cumplir fielmente sus prestaciones, sin que pueda alegar buena fe en su incumplimiento, ni aprovechar el descuido o benevolencia del acreedor para hacer nacer un derecho prevalente a su favor. La omisión no puede ocasionar otro efecto jurídico que el de hacer prescribir su acción, como justa sanción a su negligencia. Si el acreedor se abstuvo por muchos años de cobrar la deuda, de ahí no puede deducirse que precisamente lo hiciera con la intención de perjudicar a terceros de buena fe, ajenos del contrato; ni los sucesivos adquirentes del inmueble hipotecado venían a ser, en ese caso, terceros que de buena fe ignoraban la existencia del gravamen que pesaba sobre la finca adquirida, porque la naturaleza solemne del contrato que originó la obligación y los medios de publicidad que se tuvieron, en virtud de la inscripción de los sucesivos títulos transmisibles del dominio, eliminan este factor de la ignorancia. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 4 de 1940)..... 562, 1º 214, 2º

ACTO SOLEMNE

— 14 —

En general un acto solemne no es válido cuando falta una siquiera de las solemnidades requeridas por la ley para su validez, y lógicamente no cabe reputarlo inválido sólo para ante el autor de esa falta y válido para los demás. (Casación, XLIX, Nros. 1957 y 1958, junio 26 de 1940)

ACTUACION

— 15 —

El artículo 351 del C. J., en su inciso 2º, no es de aplicación mecánica sino que es preciso hacer saber a la parte que no ha suministrado el papel correspondiente para la actuación correspondiente para la actuación que está en el deber de hacerlo, lo cual constituye un requerimiento. Esto, además de que constituye la interpretación recta de tal artículo, de acuerdo con los principios generales de procedimiento civil evita actuaciones sorpresivas que muchas veces pueden desconocer el derecho que asiste a una de las partes. Pero si eso es exacto, también lo es que la parte requerida para revalidar el papel debe hacerlo dentro del plazo que la ley le concede para interponer el recurso o para hacer uso de él, y, en todo caso, antes de que se haya resuelto su petición. Si el recurso se interpuso a tiempo y si antes de decidirse si se concede o se niega ya está revalidado el papel, no hay óbice para oír al peticionario. (Auto, Sala de Casación Civil, XLIX, Nos. 1957 y 1958, mayo 30 de 1940)..... 434, 1º

ACTUACION

— 16 —

Aunque el artículo 351 del C. J. no señala término para revalidar el papel común empleado en la actuación, es claro que la persona que quiera

Páginas

ser oída, o que tenga algún recurso que interponer, debe revalidarlo, en tesis general, dentro del término que la ley conceda para interponer el recurso, o para hacer valer su derecho, porque lo contrario sería dejar a la voluntad de una de las partes el demorar indefinidamente la actuación, con graves perjuicios para la otra parte y para la buena administración de justicia, pues los pleitos se harían interminables. (Auto, Sala de Casación Civil, Nos. 1957 y 1958, mayo 22 de 1940) 492, 1º

ACTUACION

— 17 —

Las alegaciones encaminadas a demostrar que no era el caso de revalidar el papel común usado en la actuación porque el que hizo tales alegaciones sí tenía papel sellado para la misma, no son admisibles cuando se ha dejado ejecutoriar el auto en que se decide no oír a la parte que ha dejado de revalidar el papel común empleado a falta del sellado que le correspondía suministrar. Tales alegaciones habrían sido admisibles para reclamar el referido auto. Si se dejó ejecutoriar sin que hubiese mediado reclamación alguna, debe tenerse como una verdad procesal el no suministro de papel sellado que le correspondía a la parte ejecutada. De las consecuencias que se sigan de la ejecutoria debe culparse a sí mismo quien pudo evitarlas haciendo valer el recurso de reposición. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 12 de 1940).

ACUERDO MUNICIPAL

— 18 —

El Acuerdo municipal aprobatorio del presupuesto de rentas y gastos es norma sustantiva a la cual deben ceñirse los funcionarios del respectivo municipio, y las disposiciones que él contenga no pueden ser modificadas por acto alguno del Concejo que lo ha expedido, sino mediante otro Acuerdo adicional o reformatorio; una proposición aprobada unánimemente por los miembros de un Cabildo, no altera o sustituye lo dispuesto mediante Acuerdo de la misma entidad. Para prescindir del cumplimiento de un Acuerdo se necesita otro posterior que modifique el primero. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1959, mayo 28 de 1940) 669, 1º

ACUMULACION DE ACCIONES

— 19 —

La regla general consignada en el artículo 209 del Código Judicial no tiene más limitación, fuera de los requisitos de competencia e identidad procedimental a que aluden los dos primeros numerales de ese artículo, que la contrariedad e incompatibilidad de las acciones con la salvedad allí expresada. La acumulación de acciones, fundada en un principio de economía procesal, deja de ser posible cuando el ejercicio y la declaración de la una excluye el ejercicio y la declaración de la otra. (Casación, XLIX, Nº 1959, agosto 19 de 1940). 826, 2º

ACUMULACION DE AUTOS

— 20 —

El artículo 11 del Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936 dispone que sean decididos por los funcionarios ejecutores los incidentes que se promuevan en los juicios por jurisdicción coactiva que se sigan para exigir el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional. Entre estos incidentes está comprendido el de acumulación de autos. La competencia de la Corte está limitada a las apelaciones que se promuevan en tales incidentes. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 29 de 1940) 711, 1º 683, 2

ACUMULACION DE AUTOS

— 21 —

Los Jueces de ejecuciones fiscales sí son competentes para desatar las solicitudes sobre acumulación de autos, de tal manera que lo que el funcionario ejecutor tiene que examinar no es su competencia o incompeten-

Páginas

cia para conocer del incidente, sino a existencia de una causa legal que lé fundamento a la reunión de los procesos. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 27 de 1940) .....

ALCANCE

— 22 —

El alcance deducido por tanteo está autorizado por el artículo 418 del Código Fiscal. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, 1957 y 1958, mayo 30 de 1940) .....

ALCANCES DEFINITIVOS

— 23 —

Desde la vigencia de la ley 42 de 1923 ningún funcionario público, distinto del Contralor General de la República, tiene facultad legal para intervenir en el examen de cuentas provenientes del manejo de fondos de la Nación, ni mucho menos para deducir alcances definitivos a favor del erario nacional.

Solamente los alcances definitivos, s decir, los que se producen como esultado de un juicio de cuentas seguido ante los funcionarios competentes contra los responsables del manejo de fondos públicos, son los ue pueden fundamentar debidamente el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, cuando el crédito proede de un alcance. (Sentencia, Sala e Negocios Generales, XLIX, Nos. 957 y 1958, julio 22 de 1940) .....

APRECIACION DE PRUEBAS

— 24 —

Véase: PRUEBAS.

APRECIACION DE PRUEBAS

— 25 —

Nuestro derecho procesal otorga al zgador de instancia plena libertad apreciación de los elementos probatorios aportados en el juicio, dentro de las reglas generales de la sana crítica y de la tarifa legal de pruebas, sin que se pueda reformar tal estimación, sino en caso de haberse 662, 1º incurrido en error de hecho manifiesto o en error de derecho en ella. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 18 de 1940) 311, 2º

APRECIACION DE PRUEBAS

— 26 —

No cabe casar un fallo cuando el 835, 2º Tribunal sentenciador haya reflexionado o raciocinado sobre un elemento probatorio meramente conjetural en tal o cual sentido, porque la Corte razone sobre esa prueba de modo distinto u opuesto. En la apreciación de las pruebas de esta categoría la ley deja al juzgador de instancia un margen de amplitud que la Corte respeta. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 29 de 1940) ... 35, 1º

ARRENDAMIENTO de SERVICIOS

— 27 —

Véase: SERVICIOS.

ASIGNATARIOS A TITULO UNIVERSAL

— 28 —

Los asignatarios a título universal, sean llamados al total o a una cuota de la universalidad, son herederos y representan a la persona del testa- 755, 2º dor para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles, entre éstas, las que nacen de los delitos o cuasi-delitos, que se trasmiten a los herederos activa y pasivamente consideradas, de tal modo que pueden pedir la indemnización correspondiente al difunto, y están obligados, en su caso, a pagar la que él debía. (Arts. 2342 y 2343 del C. C.) Las deudas hereditarias, esto es, las que lleva consigo la herencia, se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, o se pagan por el único heredero instituído. (Casación,

Páginas

XLIX, números 1953 y 1954, febrero 15 de 1940) ..... 101, 2ª y 102, 1ª

AUMENTO DE PENA POR REINCIDENCIA

— 29 —

En tratándose de reincidencias, respecto de las cuales el aumento de la pena corporal no constituye una pena accesoria, la interpretación benigna conduce a escoger el aumento menos gravoso para el reo, no obstante aplicarse la ley antigua como más favorable en cuanto a la condenación principal. Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código suprimiera el aumento de pena por reincidencia, el juzgador tendría que prescindir de él aun cuando hubiera de castigarse conforme a la ley anterior al delito del reincidente. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, septiembre 20 de 1939) 133, 2ª

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

— 30 —

La autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivo de interés social y aun de orden público, ya por un empeño de tutela en amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello es la prohibición de renunciar ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; ejemplo son también de ello las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula penal, rebaja del interés inmoderado en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave. (C. C., artículos 1291, 1601, 1946 y 2231). Estas situaciones, en su caso y en los análogos, no puede descuidarlas o abstenerse de considerarlas el juzgador. (Casación, XLIX, Nos. 1955 y 1956, abril 20 de 1940) 247, 1ª

C

— 31 —

CADUCIDAD

Aunque uno de los medios legales de la terminación de un juicio es el de la caducidad por abandono, no es aplicable a los juicios ejecutivos, de conformidad con el artículo 864 del Código Judicial actual. (Casación, XLIX, Nos. 1955 y 1956, mayo 29 de 1940) 318, 1ª

CAMBIO Y MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

— 32 —

La libre facultad de contratación que en otro tiempo privó, ha cedido el campo a la intervención del Estado en beneficio de los intereses generales. La autonomía de la voluntad ha sufrido una restricción impuesta por circunstancias atañederas a la defensa económica de los países.

El orden público económico exige la aplicación de ciertas normas de origen general que primando sobre el interés general contemplan la seguridad y beneficio económico de la sociedad y de las naciones. En ejercicio de ese principio el legislador colombiano ha dictado varias leyes como la 99 de 1931 sobre restricción de las importaciones y otros puntos y el Decreto número 1683 de 1931, que creó el organismo denominado Comisión de Control y Operaciones de Cambio.

El libre comercio de oro fue prohibido y se dispuso por el Decreto número 1723 de 1931 que los bancos tienen obligación de depositar en el Banco de la República las reservas metálicas de todo orden que tengan en sus cajas. En armonía con ese Decreto está el 2092 de 1931 y el Acuerdo número 16 de 4 de noviembre de 1931.

El control legal en materia de comercio exterior y de operaciones de cambio rige en Colombia y va encaminado a mantener la balanza del comercio y la estabilidad de la mone-

Páginas

da colombiana. Por eso está establecida la compensación o sea la nivelación entre los saldos créditos del país con los saldos débitos de otros países y viceversa. De ahí que según el régimen legal imperante no se puedan hacer importaciones de otros países a Colombia sino en la medida en que éstos compren los frutos colombianos, salvo algunas estipulaciones como las contenidas en el tratado con los Estados Unidos, y de ahí también que la provisión de divisas extranjeras en Colombia no pueda hacerse sino por conducto del Banco de la República y en la medida en que esas divisas igualen a las compras que a Colombia hayan hecho los respectivos países. En esta materia se ha ido hasta adoptar el principio de compensación consistente en que se ha convenido en una moneda especial, para ciertos países, mediante la cual se pagan a éstos los saldos débitos, por importación de mercancías, para cancelar los saldos créditos que por exportación de mercancías debe Colombia a esos países. Para algunos de esos países rige el Decreto número 2806 del 11 de noviembre de 1936, publicado en el Diario Oficial número 23.371.

La libertad contractual en el comercio de importación y exportación y de cambios internacionales está restringida y limitada por altos principios de orden público económico anexos al desarrollo comercial del país, al equilibrio de la balanza de comercio y a la estabilidad de la moneda colombiana, con el fin, entre otros, de evitar su desvalorización. En la aplicación de las leyes, decretos y reglamentos sobre control de cambio, se debe tener en cuenta el origen de la mercancía importada y atenerse, cuando sea el caso, a los pactos que sobre el particular haya celebrado el país. Es el principio de compensación y su desarrollo lo que rige en forma de normas positivas, en el comercio de importación, exportación y cambios internacionales. Si el principio de la libre estipulación consignado en el artículo 9º de la ley 35 de 1907 rige en toda su extensión, para los negocios celebrados dentro del territorio de la República y que deben ejecutarse en ésta, no rige en la misma forma para los negocios de importación y exportación, los cuales están sometidos en cuanto a modo y forma de hacer el pago a las reglas sobre control de cambio internacional. (Casación, XLIX, números 1955 y1956, abril 5 de 1940). 220. y ss.

CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA CONFORME A LA LEY 28 DE 1932

— 33 —

Véase: MUJER CASADA. (Casación del 22 de agosto de 1940, G. J., tomo XLIX, Nº 1959, pág. 847).

CARTELES PARA EL REMATE

— 34 —

Las formalidades de que tratan los artículos 1037 y 1038 del Código Judicial tienen un incuestionable carácter de normas protectoras de derechos secundarios y personales de evidente naturaleza privada y, por consiguiente, son válidamente renunciables por sus beneficiarios. No se quebranta con su renuncia ninguna de las fórmulas esenciales del enjuiciamiento que pudiera afectar las bases de la jurisdicción o el derecho de defensa amparado por las formas propias de cada juicio, según la expresión constitucional. Por tanto, su renuncia no constituye motivo de nulidad del juicio ejecutivo ni del remate así verificado. El requisito de anunciar al público la fecha del remate por medio de carteles, en los términos y condiciones que prescriben aquellos artículos, no constituye solemnidad ninguna, nada tiene qué ver con la validez misma de la venta forzada que se hace por decreto judicial a petición de un acreedor y en pública subasta, en la cual, según lo expresa el artículo 741 del C. C., la persona cuyo dominio se trasfiere es el tradente y el juez su representante legal. En esta especie de venta la solemnidad que corresponde, tratándose de inmuebles, está constituída y representada por el acta de la diligencia judicial del remate, equipara-

Págs.

da legalmente a la escritura pública y sometida al registro. (Casación, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 27 de 1940). . . . . 570, 1ª y 2ª

CARRERA ADMINISTRATIVA

— 35 —

La ley 165 de 1938 no concede el ingreso a la carrera administrativa ni la inamovilidad de los empleados comprendidos en ésta en forma ciega o graciosa, sino que impone el lleno de requisitos previos más o menos rígidos e impone también al empleado deberes cuyo quebrantamiento le hace perder el derecho a las prerrogativas de esa carrera, según las palabras finales del artículo 8º. Esos deberes, resumiéndolos, son: lealtad al espíritu de la Constitución y leyes de la República; eficiencia, imparcialidad y discreción en la prestación del servicio encomendado a su pericia; acatamiento a los superiores jerárquicos dentro de sus funciones; honorabilidad y buen comportamiento social, y los demás que determinen las leyes y decretos pertinentes. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, Nos. 1957 y 1958, julio 15 de 1940. . . . . 475, 2º

CASACION

— 36 —

El artículo 593 del Código Judicial, que contiene una fórmula general de doctrina jurídica, no da base ni posibilidad a la violación legal que abre el camino al estudio de la casación que necesariamente ha de versar sobre un precepto determinado para poder deducir su infracción directa, su aplicación indebida o su errónea interpretación, para realizar su fin principal de unificar la jurisprudencia nacional. Tampoco da base para la casación la violación del artículo 648 del mismo Código. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, febrero 15 de 1940) . . . . . 100, 2º y 101, 1º

Págs.

CASACION

— 37 —

Si la violación de la ley, por la cual se acusa en casación una sentencia proviene de apreciación errónea de determinada prueba, prescribe la ley que es necesario que se alegue sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de manifiesto en las autos. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 13 de 1940) 820, 2ª

CASACION

— 38 —

La violación de disposiciones de la legislación departamental o municipal no da lugar al recurso de casación, pues para éste se requiere que la violación haya sido de disposiciones de la ley sustantiva nacional (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 19 de 1940). 299, 2ª

CASACION
TOTAL POR DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER SOBRE DELITOS CONEXOS

— 39 —

Habiendo dicho terminantemente el auto de proceder por homicidio y heridas que este último delito se cometió mediante riña en la cual se vio envuelto el acusado, esta circunstancia modificadora no puede desconocerse en la sentencia. Y al infirmar ésta por tal motivo, la casación del fallo debe comprender también la condenación por homicidio, supuesto que se trata de delitos conexos. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, agosto 26 de 1939). 192, 2ª

CAUSAL 2ª

— 40 —

La causal 2ª no puede prosperar cuando la sentencia es sencillamente absolutoria, como tantas veces lo ha

Págs.

dicho la Corte en casación. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, febrero 15 de 1940) 73, 2ª

CERTIFICADOS DE HACIENDA SOBRE PAGO DEL IMPUESTO DE MINAS

— 41 —

Véase: MINAS. (Casación del 20 de agosto de 1940, tomo XLIX, G. J., Nº 1959, páginas 837 y siguientes).

CERTIFICADOS SOBRE SUFICIENCIA DE TITULOS MINEROS

— 42 —

Véase: MINAS. (Casación del 20 de agosto de 1940, G. J., tomo XLIX, Nº 1959, páginas 837 y siguientes).

CESACION DEL PROCEDIMIENTO PENAL

— 43 —

Cuando el hecho o hechos denunciados como delictuosos no existen debe hacerse la declaración a que alude el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal y ordenar, en consecuencia, la cesación del procedimiento. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, Nos. 1957 y 1958, mayo 17 de 1940). 648, 2ª

CESION DE CREDITOS HIPOTECARIOS

— 44 —

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte que para ceder un título hipotecario no hay necesidad de otorgamiento de escritura pública. Basta la entrega del crédito con las formalidades que se exigen para la cesión de los derechos personales. Con ella entra el cesionario en el goce de los privilegios, fianzas e hipotecas, como lo dispone el artículo 1964 del Código Civil.

Los créditos son necesariamente personales, aun cuando estén garantizados con hipoteca. Perfeccionada la cesión de un crédito personal, ella lleva ipso jure el traspaso de la hipoteca u otro derecho real accesorio de aquel crédito. La cesión de un crédito asegurado con hipoteca anotada no necesita anotarse de nuevo por razón de ésta, pues lo que se cede es la acción principal, o sea, el derecho a percibir y cobrar el dinero, cosa mueble; y a esta acción o derecho personal, principal, sigue la seguridad hipotecaria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 26 de 1940) 752, 2ª

CESION DEL DERECHO DE HERENCIA

— 45 —

El derecho de herencia es un derecho real sobre una universalidad de bienes, con la expectativa de concretarse, mediante la partición, en el dominio de uno o más bienes de los que constituyen la comunidad universal llamada herencia. Cedido este derecho, le corresponden al cesionario los mismos derechos y obligaciones que al cedente; si aquél, de acuerdo con el artículo 1337 del Código Civil, interviene en la partición, debe formarse en su favor la hijuela correspondiente al derecho hereditario que adquirió; mas, si por no presentarse el cesionario, se hace esa hijuela al cedente, la adjudicación ha de entenderse como hecha al propio cesionario, porque la hijuela, una vez registrada, consolida retroactivamente en éste esos mismos derechos, sencillamente porque la trasmisión se efectúa desde la tradición de los derechos hereditarios, según lo dispuesto en el artículo 752 del Código Civil. (Casación, XLIX, Nº 1959, agosto 13 de 1940). 819, 1º

CONFESION

— 46 —

No es confesión sino la declaración que una de las partes hace de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra (artículo 604 del C. J.), y cuando hay confesión, ella se debe admitir "tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mis-

Págs.

mo hecho"; salvo que se agreguen "hechos distintos" y separados que no tengan íntima relación con el confesado, pues entonces sí constituyen verdaderas excepciones. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, diciembre 1º de 1939) 39, 1ª

COLISION DE COMPETENCIA

— 47 —

La colisión de competencia de que habla el artículo 65 de la ley 94 de 1938 no la pueden suscitar sino aquellos Jueces o Tribunales que sean competentes, por la naturaleza del hecho, para conocer del negocio en primera instancia. (Auto. Sala de Negocios Generales, XLIX, Nº 1959, julio 30 de 1940) 872, 2ª

COMISIONES AGRARIAS

— 48 —

El artículo 25 de la ley 56 de 1905 autorizó al Gobierno para crear comisiones agrarias y determinar sus facultades, por medio de decretos ejecutivos. En desarrollo de esta última ley se dictó el Decreto Ejecutivo número 1057 de 1907, sobre creación de la Junta Agraria del Magdalena. (Casación, XLIX, Nos. 1957 y 1958, julio 30 de 1940) 615, 1ª

COMPETENCIA

— 49 —

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce en única instancia de las apelaciones, excepciones, y tercerías en los juicios seguidos con jurisdicción coactiva, mayores de $ 500.00; por una cuantía inferior conocen de los mismos asuntos los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1955 y 1956, marzo 9 de 1940) 370, 1ª

COMPETENCIA

— 50 —

La Corte conoce privativamente y en una sola instancia de las controversias provenientes de contratos con la Nación, promovidas ante ella de conformidad con el artículo 40 del Código Judicial, mas no puede avocar el conocimiento de las mismas demandas cuando han sido promovidas ante Tribunal que no es el competente. Tales demandas deben promoverse directamente ante la Corte. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 5 de 1940) .. 693, 2ª

COMUNERO POSEEDOR

— 51 —

Véase: POSESION DEL COMUNERO.

CONCESION

— 52 —

"Siguiendo el curso de Derecho Administrativo dictado en la Facultad de París por el Profesor Sibert en sus conferencias de 1938, se tiene que la concesión es un acuerdo entre una persona moral de Derecho Público y un particular, según el cual este particular, sea individuo o sociedad, se encarga de asegurar por su cuenta y riesgo, por un tiempo determinado de larga duración y según las modalidades precisas de ese acuerdo o pliego de cargos, el funcionamiento de un servicio público de interés general o local, como ferrocarriles, suministro de agua, distribución de alumbrado, etc. En cambio o contrapartida de la carga que el concesionario asume, el contrato administrativo de concesión le reconoce, para que se indemnice o remunere, el derecho de percibir de quienes usen aquel servicio emolumentos que tienen jurídicamente el carácter de tasas asimiladas a impuestos indirectos. En este concepto abunda Gastón Jéze en su obra 'Les contrats administratifs', así como Duguit en 'Les services publics et les particulieres', y Blondeau en su obra 'La concession de service public'.

"Historiando aquel profesor las sucesivas maneras de entenderse la concesión, las sintetiza en forma que se

Págs.

resume así: 1º La concepción alemana de Otto Mayer, de principios de este siglo, según la cual aquélla es un acto administrativo que determina discrecionalmente lo que debe hacerse en el caso individual. Citando a P. Laroque en su obra 'Les usagers de services publics industriels', observa que esta manera de entender la concesión tiene el gran inconveniente práctico de colocar al concesionario en un estado completo de inseguridad y de instabilidad incompatible con la continuidad necesaria del servicio público. 2º Viene en seguida la inteligencia que de la concesión dieron los civilistas del derecho francés, como Planiol, Ripert y Esmein, naturalmente tentados a ver en ella una relación de orden exclusivamente contractual entre el concedente y el concesionario. A la inversa de la concepción precedente, ésta da una estabilidad excesiva en provecho del concesionario y en detrimento del público, cuyas necesidades pueden exigir inopinadamente modificaciones inmediatas al funcionamiento del servicio concedido, a que se agrega que mirando hacia las relaciones entre concedente, concesionario y usuarios, esta doctrina civilista analiza la situación como estipulación por otro, idea difícilmente aceptable. 3º Viene por último la construcción doctrinal de los publicistas franceses —Hauriou, Jéze— según la cual el contenido de la obligación de hacer asumida por el concesionario está fijado por disposiciones de carácter legal y reglamentario. El concesionario se asemeja a un agente público y por otra parte tiene derechos y obligaciones determinados contractualmente. Así, en este concepto publicístico, la concesión es algo complejo que tiene a la vez de ley y de contrato.

"Las cláusulas financieras tienen un carácter contractual y las relativas a la organización y funcionamiento del servicio, cláusulas orgánicas, tienen un carácter que varía según quien las invoca: si es el concesionario, todos los elementos del acto de concesión tienen carácter contractual, y, por consiguiente, la violación no da lugar a recurso por exceso de poder, pues según principio en que concuerdan jurisprudencia y doctrina, este recurso está excluído de las relaciones contractuales; y si es el concedente, las cláusulas orgánicas tienen un carácter doble: a) son contractuales en cuanto él exija su ejecución al concesionario, por lo cual las diferencias a este respecto son del resorte del juez del contrato, y b) si el concedente interviene para modificar unilateralmente las condiciones del servicio, ya sólo se trata del régimen administrativo. Por tanto, el acto de administración es susceptible de dos clases de recursos: por exceso de poder, si implica modificación unilateral contraria a la ley o a los textos reglamentarios del acto de concesión, e indemnización y hasta resolución (resiliación), si las modificaciones trastornan completamente la economía del contrato.

"El profesor Sibert, citando a Bonnard y a Comte, dice: 'El concesionario debe asegurar todo el servicio; pero nada más que el servicio; no puede entregarse a una explotación de orden comercial extraña al servicio. Este principio general se ha precisado poco a poco en abundante jurisprudencia: así, puede emprender todas las operaciones que, aun no estando dentro del servicio público concedido, sean su complemento natural y concurran a su mejor desempeño. El concesionario es un agente de la administración. No se comprendería que los agentes de la administración se entregaran a especular. Si lo hiciesen, no tardarían en perder de vista el interés del servicio, que es su única razón de ser. No por estar concedido un servicio público deja de ser servicio público', y agrega: 'No debe perderse de vista que la concesión no es sino cierto modo de funcionamiento de un servicio público y que éste se encamina al bien de todos; y que si el procomún exige que se introduzcan mejoras técnicas en ese funcionamiento, el contrato y la cláusula de explotación exclusiva no pueden ser obstáculo para que los usuarios del servicio aprovechen las mejoras posibles ni el contenido del contrato puede ser óbice oponible por el concesionario a la administración que los representa'.

Páginas

"Se han entresacado por su pertinencia estas nociones de las que forman los conceptos predominantes hoy en la doctrina y también en la jurisprudencia, según se ve en los fallos que traen a cuento los prenombrados comentadores. Entre aquéllas se destacan: un servicio público no deja de serlo por ser materia de contrato o concesión y ésta no pierde por sus calidades de contrato las que tiene como acto administrativo, pues la complejidad nacida de la concurrencia de unas y otras calidades no priva al Estado de lo que corresponde institucionalmente a su función de administrador". (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, Nos. 1953 y 1954, marzo 12 de 1940) .....

CONDICION RESOLUTORIA

— 53 —

La parte que no ha cumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del C. C. y a la excepción non adimpleti contractus del artículo 1609 de la misma obra. Pero para el ejercicio legalmente correcto de esta acción alternativa no basta, tratándose del contrato de compraventa, que se compruebe que no se ha pagado el precio o no se ha entregado la cosa vendida, sino que es preciso también que el demandado cocontratante se haya colocado en el estado legal de mora, para lo cual se requiere como antecedente indispensable que la obligación se haya hecho exigible. Entre los caracteres propios de la resolución, que son a la vez condiciones esenciales para el ejercicio de la acción correspondiente, fuera de que supone la existencia de un contrato bilateral válido, se pueden señalar como indispensables el hecho de que por parte del demandado haya habido falta de cumplimiento de las obligaciones que contrajo, porque en eso consiste la realización de la condición tácita o subentendida que va envuelta en los contratos bilaterales (1546 C. C.), incumplimiento que puede ser total o parcial de cuantía o importancia suficiente y de naturaleza capaz de producir en el demandado el estado de mora, y que respecto del demandante o actor haya cumplido por su parte las obligaciones que le imponía el contrato bilateral, o que está pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. El derecho optativo para pedir la resolución del contrato (1546 C. C., inciso 2º) no corresponde sino al contratante que ha cumplido por su parte sus prestaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. En el caso de que ninguna de las partes contratantes dé adecuado cumplimiento a sus obligaciones recíprocas, no existe la situación jurídica de mora y entonces es improcedente el ejercicio de la acción resolutoria, porque "en los contratos bilaterales ninguno de los contratos está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos", como lo dice el artículo 1609 del C. C. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, febrero dos de 1940) .....

Páginas

34, 2ª y 35, 1ª y 2ª

54, 2ª

CONSEJO DE ESTADO Y CORTE SUPREMA

— 54 —

Véase: JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y JURISDICCION ORDINARIA. (Sentencia de la Corte Plena de fecha 12 de marzo de 1940, G. J. Nos. 1953 y 1954) .....

31 y siguiente.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

— 55 —

Véase: JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

CONTRATO

— 56 —

Un contrato dado puede ser muy limitado y circunscrito y de este solo hecho no puede deducirse que no ha-

Páginas

ya otro u otros contratos, que esas limitaciones no se hayan levantado o atenuado, que no se hayan conferido atribuciones distintas, etc. (Casación, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 28 de 1940).....

CONTRATOS

— 57 —

No es posible sostener jurídicamente que un contrato pueda modificarse sin que intervengan las mismas personas que lo han celebrado primitivamente, y aun suponiendo que ello pudiera hacerse, en nada podría perjudicarse a quien no intervino en la modificación. (Casación, XLIX, Nº 1959, agosto 19 de 1940).....

CONTRATO DE TRABAJO

— 58 —

La ley 10 de 1934 no puede considerarse como una simple adición o modificación a las normas que regían sobre trabajo en la anterior legislación. Su reforma principal consiste en la implantación del contrato de trabajo con empleados. Esa ley no se limitó a establecer determinados derechos para los empleados particulares, sino que atendió a la creación de un estatuto jurídico que gobernara con criterio de unidad las relaciones originadas en un sector del trabajo nacional estableciendo una base de estipulaciones mínimas, pero autorizando asímismo a patronos y empleados para estipular en el contrato de trabajo todo lo que no pugne con el espíritu y texto de la ley y que guarde relación con la índole y naturaleza de la convención de trabajo.

Los conflictos de trabajo a que alude la ley 10 de 1934 son los que se originen en la interpretación y cobro de las obligaciones estipuladas en los contratos de trabajo celebrados entre patronos y empleados particulares, esto es, sobre todo lo que sea de la naturaleza propia de esas convenciones, que no contraríe los mandatos de la ley y que los contratantes hayan estipulado para gobernar sus relaciones recíprocas. Así lo dice también el Decreto reglamentario de esa ley, número 652 de 1935, en su artículo 33.

Páginas

Es ilegal el concepto según el cual el procedimiento breve señalado por el artículo 18 de esa ley no es aplicable sino a controversias suscitadas en demandas para reclamar alguno de los derechos taxativamente enumerados en la ley 10, en forma que no puedan acumularse en una misma demanda solicitudes sobre auxilio de cesantía y descanso dominical o viáticos, porque para lo primero sólo es conducente el procedimiento verbal y solamente lo es para lo demás el juicio ordinario. Lo acertado en este caso es averiguar, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de trabajo, si la controversia proviene directamente de ese contrato para aplicar el procedimiento indispensablemente señalado por la ley. Aquel concepto no hace otra cosa que complicar y enredar la justicia, sin tener en cuenta los fines de la ley, que fueron los de crear un procedimiento rápido para la decisión de juicios de esta naturaleza. La interpretación de la Corte tiene su apoyo y plena confirmación y respaldo en los términos del artículo 1º de la ley 45 de 1939. La adopción de trámites breves en estos juicios es cosa indispensable e imperativa. Todo procedimiento distinto afecta de nulidad la actuación. Finalmente, proferido el fallo en procedimiento distinto del autorizado por la ley, no es susceptible del recurso de casación, según doctrina constante de casación. (Casación, XLIX, Nos. 1957 y 1958, mayo 31 de 1940) (1)..... 507 y siguientes.

574, 1º

832, 2ª

CONTRATO DE TRABAJO

— 59 —

Un vigilante tiene derecho a que se le paguen las horas de su trabajo como tal, lo que se deduce de la regla general que al respecto establece el artículo 2º de la Resolución número 1º de 1934, de la Oficina General del

(1) Concordancia: en sentencia de casación del 21 de junio de 1940, reafirmó la Corte la doctrina anterior.

Páginas

Trabajo, aprobada por el Decreto ejecutivo número 895 del mismo año. Los vigilantes o celadores pueden acogerse a lo preceptuado por el artículo citado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1957 y 1958, julio 24 de 1940) ..... 765, 1ª y 2ª

CONTROL LEGAL SOBRE COMERCIO EXTERIOR

— 60 —

Véase lo que sobre ese punto trae la sentencia del 5 de abril de 1940, G. J., Nos. 1955 y 1956, páginas 220 y siguientes.

CONYUGE SOBREVIVIENTE

— 61 —

La solidaridad entre los asignatarios y el cónyuge sobreviviente no la establece el artículo 24 de la ley 63 de 1936. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 18 de 1940) 733, 1ª

COPIAS

— 62 —

El artículo 29 de la ley 40 de 1932 les da a las copias expedidas por el Jefe del Archivo Nacional los mismos efectos y fuerza de las autorizadas por los Notarios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1955 y 1956, abril 12 de 1940) 420, 1ª

COSA JUZGADA

— 63 —

Cuando se acusan de ilegalidad ante el Consejo de Estado los mismos decretos que después son acusados por inconstitucionales ante la Corte, no es posible que ésta acoja la excepción de cosa juzgada en virtud del fallo del primero, en razón de la índole de las dos instituciones, pero habiéndose declarado la nulidad por el Consejo, la Corte carece de imperio para fallar sobre la demanda de inconstitucionalidad, no en virtud de la excepción inadmisible de cosa juzgada (1). (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, Nos. 1953 y 1954, marzo 12 de 1940) 31, 2ª

COSA JUZGADA

— 64 —

Cosa juzgada es la cuestión jurídica discutida plenamente en juicio y resuelta por sentencia que deba cumplirse. La resolución judicial que conlleva la autoridad y fuerza de la cosa juzgada es la que ha decidido definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. La presunción de verdad que da vida a la cosa juzgada no existe sino dentro de los límites de la cuestión que se ha fijado por el Juez en la sentencia; más allá de estos términos no existe la cosa juzgada, esterilizante de la jurisdicción. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, febrero 15 de 1940) ..... 103, 1ª y 2ª

COSTAS

— 65 —

Repetidamente ha dicho la Corte que sólo excepcionalmente, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede la condena en costas dar lugar y materia al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia, porque siendo siempre las costas cosa accesoria del derecho principal deducido en el pleito, las cuestiones relativas a su reconocimiento no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal y porque la condenación a su pago está subordinada a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho controvertido, de modo que es este derecho el que debe atacarse y no la condena en cos-

(1) Véase el punto titulado: JURISDICCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA Y JURISDICCION ORDINARIA.

tas, que es ya la represión legal a la temeridad con que aquel derecho fue ejercitado. Por lo demás, no es acusación conducente la sola afirmación de que no se expresó en la sentencia ninguna razón justificativa de la condena, demostrativa de la temeridad o malicia de la defensa, porque la apreciación de estas condiciones la ha dejado la ley a la arbitraria apreciación de los Tribunales, y de este modo fuera del alcance normal de la casación. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, febrero 15 de 1940) .....

COSTAS

— 66 —

Lo atañedero a la condenación en costas no da asidero para fundar el recurso de casación, según doctrina reiterada de la Corte. (Casación, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 22 de 1940) .....

CUANTIA

— 67 —

Los Tribunales Superiores conocen privativamente y en única instancia de apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios seguidos con jurisdicción coactiva, pero de una cuantía inferior a quinientos pesos; la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de esta suma en adelante. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1957 y 1958, mayo 29 de 1940) .....

CUANTIA DE LA DEMANDA PARA EL RECURSO DE CASACION

— 68 —

Cuando existen serias dudas sobre el valor efectivo de la acción incoada, antes de conceder el recurso de casación debe cumplirse el artículo 524 del Código Judicial. (Auto, Sala de Casación Civil, XLIX, Nos. 1953 y 1954, febrero 12 de 1940) .....

Páginas

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

— 69 —

Cuando el demandado no objeta la cuantía fijada por el actor se entiende que la acepta. La fijación de la cuantía, en principio, tiene por objeto determinar o fijar la competencia del Juez, pero puede suceder, y sucede muchas veces, que el actor señale desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite máximo de ésta. Cuando eso sucede esa estimación es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado: No puede, por lo tanto, un Tribunal encontrar motivo de duda en el valor de una acción así determinada, ni mucho menos sobreponerse a la fijación hecha por el directamente interesado, como es el demandante. No juega papel el hecho de que los contratos u obligaciones sobre que versa la demanda aparezcan con un valor mayor, si el demandante les asignó uno menor al iniciar la demanda. (Auto, Sala de Casación Civil, XLIX, Nos. 1957 y 1958, julio 6 de 1940) .....

104, 1º y 2º

541, 2º

587, 1º

CUENTAS

— 70 —

De acuerdo con la Resolución número 86 de 1928, del Departamento de Contraloría, los autos que dicte esta entidad en los juicios de cuentas, con excepción de aquellos que no contengan multas o alcances, serán notificados personalmente al responsable.

681, 2º

Los autos notificados en esos juicios en forma distinta de la preceptuada en esa Resolución carecen de firmeza, no son definitivos y no tienen, por tanto, entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución, según lo ha dicho la Corte. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 18 de 1940) .....

66, 2º

730, 2º

Páginas

CUENTAS DEL MANDATARIO

— 71 —

Véase: MANDATO. (Casación del 30 de agosto de 1940, tomo XLIX, Nº 1959, páginas 856, 2ª, y 857, 1ª y 2ª).

D

DECLARACION DE RENTA

— 72 —

Véase: Renta.

DECLARACIONES DE TESTIGOS

— 73 —

Una cosa es no haber visto ni oído lo que otro sí vio y oyó, y cosa muy distinta es contradecir o negar que sucediera lo afirmado por el que dice haber visto y oído. Cuando se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el Juez procede como para tal caso establece el artículo 702 del C. J. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 26 de 1940) 564, 1ª

DECRETO ACUSADO, NUMERO 1709 DE 1939

— 74 —

Acusado como inconstitucional el Decreto número 1709 del 29 de agosto de 1939, la Corte declaró que no había lugar a resolver sobre la demanda propuesta, pues no podía ejercer su misión de guardián de la Constitución Nacional en relación con un acto acusado sino cuando éste está en plena vigencia. (Sentencia, Sala Plena, XLIX, número 1959, septiembre 10 de 1940). ..... 810, 1ª y 2ª

DECRETOS ACUSADOS

— 75 —

La Corte declaró exequibles los artículos 1º a 5º, 9º a 11, 13, 14, 16, 17 y 23 del Decreto número 1606 de 1937 y 1º y 4º del Decreto número 1717 del mismo año, que fueron acusados como inconstitucionales, reglamentarios ambos Decretos de empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio. La Corte se abstuvo de considerar la demanda de inexequibilidad de los artículos 2º y 3º y el parágrafo 4º del Decreto número 1717 de 1937 y los artículos 6º, 24 y 25 del Decreto número 1606 del mismo año, por carecer de imperio en cuanto los declaró nulos el Consejo de Estado en sentencia de fecha 28 de marzo de 1939. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 12 de 1940) 36, 2ª

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

— 76 —

En la demanda intentada para pedir la declaración de inconstitucionalidad de leyes o decretos dictados por el Poder Ejecutivo son improcedentes las acciones sobre reparación de daños o perjuicios, las cuales deben intentarse por medio de la demanda procedente y con los trámites de rigor. Nada de esto puede involucrarse con una acusación de inconstitucionalidad, cuya actuación peculiar y, sobre todo, su fin genérico mal pueden dar cabida u ocasión a sentencia sobre casos particulares. Así se deduce de los artículos 149 de la Constitución y de la Ley 96 de 1936. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 12 de 1940). 36, 2ª

DEMANDA Y SU INTERPRETACION

— 77 —

El error en la denominación de la acción o de la defensa no cambia su verdadera naturaleza jurídica, ya que una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, en atención a que la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 22 de 1940). 846, 1ª

Páginas

DENEGACION DE JUSTICIA

— 78 —

El delito de "denegación de justicia" no figura en el Código Penal de 1936 con esa forma específica. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 17 de 1940). 648, 1ª

DENUNCIA DEL PLEITO

— 79 —

La denuncia del pleito no es un incidente, como se deduce del artículo 391 del Código Judicial. No siendo un incidente no ha podido quedar comprendida dentro de la enumeración restrictiva del artículo 1228 y, por tanto, desde el primero de enero de 1932, fecha en que empezó a regir la Ley 105 de 1931, vino a quedar subordinada a lo estatuído en el nuevo estatuto procedimental, salvo los términos que hubieran principiado a correr. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 30 de 1940). 689, 2ª

DENUNCIO DE BIENES OCULTOS

— 80 —

La licitación de la especie recuperada, para pagar la participación que corresponde al denunciante, es facultativa para la Nación, conforme al artículo 29 del Código Fiscal que dice que la especie "puede licitarse".

El artículo 3º de la Ley 27 de 1935, modificó el 29 del Código Fiscal en el sentido de fijar el máximo de la participación de los denunciantes de bienes ocultos en un treinta por ciento del valor del bien recuperado. La Ley 128 de 1938 adicionó los artículos 29 del Código Fiscal y 8º de la Ley 27 de 1935, en este sentido: "Artículo 1º: El Gobierno podrá pagar en especie la participación que corresponda a un denunciante de bien oculto de la Nación, cualquiera que sea la clase de los bienes denunciados y recuperados por virtud de las gestiones del denunciante, sin que para la enajenación que implique el pago sean necesarios otros requisitos distintos del otorgamiento de escritura pública por el Ministro respectivo a nombre del Gobierno".

Conforme a esta disposición el Gobierno tiene facultades completas y precisas para pagar en especie a los denunciantes de bienes ocultos la participación que les corresponde. Pero esta disposición es facultativa y no obligatoria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1953 y 1954, octubre 30 de 1939). ... 176, 2ª y 179, 2ª

DENUNCIO DE LA RENTA

— 81 —

La Sala ha sostenido que el denuncio del contribuyente debe aceptarse, mientras no se compruebe con pruebas fehacientes que se aparta de la verdad. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 2 de 1940). 168, 1ª

DESGLOSE

— 82 —

En todo desglose debe mediar la solicitud de la parte que ha presentado los documentos en una actuación, para que se le devuelvan, dejando en reemplazo de los originales copia de éstos en el respectivo proceso. El funcionario ante quien se pide el desglose resolverá si lo decreta o no, según sea procedente, y cómo lo decreta. No se ve qué inconveniente pueda existir en que el desglose se pida por conducto de otro Juez, ante quien se desea presentar los documentos como prueba, ya que esa circunstancia no le arrebata la libertad al primer funcionario para decidir si decreta o no el desglose, según lo que la ley indique. Para obrar así no se requiere disposición expresa que autorice el procedimiento. La ley no es casuista. Limítase a dar normas generales, dentro de las cuales corresponde al Juez definir los casos particulares, con criterio amplio dentro del marco de la legalidad, despejando el procedimiento, cuando de ritualidades se trate, de vanas fórmulas

Páginas

que no respondan a verdaderas necesidades de orden, de claridad y justicia en el juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 10 de 1940). ... 705, 2ª

DESISTIMIENTO

— 83 —

El desistimiento no debe hacerse en forma vaga e imprecisa, general y abstracta. En caso de que así se haga no se debe tomar en cuenta, pues el desistimiento debe hacerse, cuando se hace por otro, diciendo taxativamente en nombre de qué persona se hace, con citación de los poderes respectivos e indicación de la facultad de desistir. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 7 de 1940). 698, 2ª

DESLINDE

— 84 —

El juicio de deslinde sí tiene la fuerza de causalidad necesaria para interrumpir civilmente la prescripción adquisitiva del derecho de dominio. Aunque el juicio de deslinde no tiene por objeto, de manera directa, discutir la propiedad, no puede intentarse sino en razón de ella o de quien tenga un derecho real, en forma tal que la acción de deslinde viene a ser un modo especial de ejercicio del derecho de dominio sobre la zona cuya propiedad se discute por las partes y que, por esa circunstancia, quiere deslindarse. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 22 de 1940) 539, 2ª

DESLINDE DE MINAS

— 85 —

Véase: Minas. La sentencia de casación del 8 de agosto de 1940, G. J. número 1959, páginas 812 y siguientes.

DETENCION ARBITRARIA

— 86 —

Cuando se falta al respeto a los funcionarios públicos que ejercen autoridad o jurisdicción por razón del ejercicio de funciones oficiales, no pueden imponerse las correspondientes sanciones legales sino dentro del caso y dentro de los precisos términos que señale la ley, previo el procedimiento que señala el artículo 310 del Código Político y Municipal. Para que se cumpla la ley y no se vulneren ni ella ni la Constitución, la sanción que puede imponer el funcionario debe asentarse sobre estas dos bases: a) La existencia del hecho irrespetuoso en el momento en que el funcionario ejerza funciones, y b) La sujeción a los términos, modalidad y procedimiento que una ley preexistente determine y concrete. Cuando falta uno de estos dos elementos, no procede el empleado que castiga la falta de respeto dentro de la norma constitucional. Se sale de la órbita que señala la Constitución y le es imputable entonces un delito de responsabilidad. No basta, pues, que el hecho irrespetuoso o la injuria a un funcionario en ejercicio de su cargo se produzca y se pruebe de manera inequívoca para penarlo o sancionarlo, sino que es menester que la pena o sanción se imponga con el lleno de las formalidades que la ley prescribe. De lo contrario la omisión de esas formas conduciría a la arbitrariedad, con desmedro de la Constitución y de la ley, que exigen esas formas sumarias, de ineludible cumplimiento. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 10 de 1940). ... 645, 1º y 2º

DETENCION DE EMPLEADOS PUBLICOS

— 87 —

La ley sobre procedimiento penal ha dispuesto, por razones de orden administrativo, que el auto de detención de un sindicado o procesado que ejerce funciones públicas, no se lleve a cabo sin obtener previamente que éste sea suspendido del respectivo empleo. Formulada la solicitud de suspensión de un empleado público, con arreglo a la ley, ella debe ser de-

cretada. El funcionario o entidad a quien ha sido dirigida por corresponderle el nombramiento y remoción del empleado, no está facultado para examinar sus fundamentos jurídicos, y menos lo está para negar la solicitud. Esta clase de providencias son por su naturaleza de ineludible cumplimiento, pues la ley no puede dejar al buen criterio del superior del empleado el acceder o no a la suspensión. Si el auto de detención carece de base legal, la responsabilidad que ello apareja es exclusiva del funcionario que lo dictó. La responsabilidad de los empleados públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas es principio que, en los regímenes constitucionales, garantiza la separación y funcionamiento armónico de los diferentes órganos del Poder Público. Las funciones de los Gobernadores están limitadas en la Constitución y en la ley. Dentro del deber general que tienen de auxiliar la justicia está el de suspender, por motivo criminal, a los empleados de su dependencia, a petición de autoridad competente. De suerte que no pueden, sin quebrantar las normas orgánicas de la administración, negar su concurso a las autoridades judiciales para la efectividad de sus providencias, o hacer nugatorias éstas, omitiendo lo que según la ley les corresponde, y es indispensable para que la decisión judicial se cumpla. Ni la ley penal de 1890 ni el nuevo código exigen dolo o intención especial para sancionar una infracción consistente en no cumplir un Gobernador la orden de suspensión de un alcalde, emanada de un funcionario instructor. La naturaleza de ella implica que se reprima atendiendo sólo a la omisión en el ejercicio de las funciones o a la extralimitación de éstas. El hecho es de suyo antijurídico, sin que pierda ese carácter por la calidad de los móviles o por la intención del agente, o por las consecuencias benéficas o nocivas, justas o injustas respecto de los particulares afectados por el acto. El resultado perturbador del orden jurídico que éste produce, le ha bastado a la ley para considerarlo punible. La verdad es que los delitos de responsabilidad por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de las mismas, suelen no perjudicar intereses privados de los ciudadanos. Lo que lesionan siempre es el interés jurídico del Estado de que sus agentes actúen dentro del orden legal, interés cuya guarda les está confiada y de la cual sólo ellos responden. Por eso los actos de los funcionarios públicos violatorios de los deberes que el cargo les impone, se denominan por antonomasia delitos de responsabilidad o delitos públicos, pues afectan directamente el derecho público del Estado. Las reglas de la Legislación Penal Colombiana, tanto de la antigua como de la nueva, que sancionan esta clase de delitos, emanan del artículo 20 de la Carta de 1886, correspondiente al 16 de la nueva Codificación Constitucional. Según el artículo 25 del nuevo Código Penal y los antecedentes de su adopción, la legítima defensa comprende no sólo los bienes materiales sino también los morales, que deben ser protegidos por la ley en la misma medida que el derecho a la vida. Responde sin duda la nueva ley, mejor que la antigua, al deber del Estado de amparar jurídicamente, no sólo la persona física de los asociados contra la violencia injusta, sino otros bienes, como el honor y la libertad, cuya conservación necesita el individuo tanto como la vida misma. Pero la incorporación en el derecho positivo de la defensa individual de tales bienes no suministra en modo alguno base para deducir que, a diferencia de la antigua, la nueva ley introduce una modificación al principio de la legítima defensa, en el sentido de justificar la resistencia contra los actos de los agentes de la autoridad, cuando el que resiste considere que el acto vulnera su libertad, o la de un tercero. Tanto el antiguo como el nuevo estatuto penal exigen para legitimar el hecho, que haya sido necesario ejecutarlo por causa de una agresión o violencia injusta. Tratándose de providencia emanada de un funcionario —y más si éste pertenece al órgano judicial del Poder Público— es inaceptable calificar de agre-

sión o de violencia injusta lo que no es otra cosa que el normal ejercicio de la autoridad. La violencia que es lícito resistir, impedir o repeler se manifiesta por las vías de hecho, sin derecho y contra el derecho. El mandamiento de detención provisional del sindicado es un acto procesal, de apremiante dumplimiento y de orden público, como todo lo que se relaciona con la jurisdicción penal. Ese acto de la autoridad no puede reputarse como acto de violencia contra el cual sea lícito resistir, aunque parezca ilegal a quien no lo ha proferido y aunque posteriormente sea revocado, porque se incurrió en un error inicial de apreciación, o porque en el curso de la investigación fueron desvirtuados los cargos contra el acusado. Cosa distinta sería un acto de fuerza brutal, carente en absoluto de apoyo en la ley, de un agente o subalterno de la autoridad. En este caso el rechazo sería lícito por no tratarse de un acto de la autoridad. En el procedimiento secreto que rige para la formación del sumario, el funcionario que actúa como instructor es el único que está en capacidad de saber y decidir si hay base legal para detener al sindicado y, existiendo a su juicio, cumple un deber y ejercita una de sus atribuciones primordiales al dictar la orden de arresto. Esta providencia no requiere pruebas completas o perfectas, y sabido es que la valoración jurídica de los elementos de incriminación le compete hacerla, dentro de un amplio poder de apreciación, a dicho funcionario en el momento de considerar si debe o no dictar auto de detención. Las pruebas judiciales se presumen auténticas y verdaderas mientras no se demuestre en juicio contradictorio que son apócrifas o que su contenido es falso. Los posibles errores de un funcionario de instrucción sólo puede corregirlos el respectivo superior dentro de la jerarquía judicial, y de ningún modo el Gobernador de un Departamento ni otro funcionario administrativo, por elevada que sea su categoría. Extremando los principios de la escuela penal clásica y remontándose el juzgador a la antigua teoría del pacto social —fundada sobre la idea de los derechos individuales anteriores al Estado— acaso podría hallarse justificación para un acto de resistencia a un mandato de autoridad. Esos principios, llevados a sus últimas consecuencias, daban ocasión para calificar como lícita la resistencia a los actos de la autoridad cuando el ciudadano los consideraba, por sí y ante sí, violatorios de sus derechos. En la época en que la Legislación Penal y la Jurisprudencia se inspiraron en la doctrina del derecho contractual, se decía que el individuo, al resistir a tales actos, inclusive por la fuerza, reasumía la defensa de sus derechos originarios, que voluntariamente había delegado en el Estado. Se admitía que el individuo era libre de apreciar en conciencia el mandato recibido de la autoridad y, si lo hallaba arbitrario o injusto, no sólo podía sino que debía desobedecerlo, en guarda de sus derechos y de los de la comunidad. Conforme a los nuevos principios de la doctrina de la defensa social, que en esto coinciden con los espiritualistas, la defensa de las personas y de sus bienes es función propia del Estado, adscrita a uno de sus órganos, y sólo se justifica la defensa privada, en su forma individual, dentro de los extremos que dan lugar a ella, según la ley. El predominio de la defensa social sobre la defensa individual es la tesis moderna, que viene cabalmente a rectificar la antigua teoría del individuo contra el Estado. De suerte que si el órgano específicamente encargado de la defensa social, obrando en ejercicio de ésta, acertada o equivocadamente, dicta una providencia, ni al ciudadano afectado por ella, ni a un funcionario público, cualquiera que sea, le es permitido resistirla en nombre de la defensa individual. Y si al funcionario le corresponde cumplirla y es un funcionario de los que comúnmente se denominan empleados con autoridad, porque ejercen funciones relativas a determinadas manifestaciones de la autoridad pública, esta circunstancia especial permitirá rechazar y dejar sin efectos la providencia, porque la considera violatoria de

Páginas

s derechos de un tercero? En otros rminos: podría pretenderse que es- hecho entra en el terreno de la le- tima defensa porque quien lo rea- ó tenía un deber primario de pro- cción de las personas y de sus bie- s, inherente a su condición de au- ridad? En esta cuestión lo que pri- ero se advierte es una antítesis, es si la autoridad actúa como tal su intervención no es abusiva sino nforme al derecho, entonces el ento se sale del radio de la defen- legítima individual y debe ser juz- do como un acto propio de la de- nsa social. Lo segundo es que cual- iera de los dos supuestos es insos- nible. La autoridad no impone a ien la ejerce deberes implícitos, es cir, no previstos expresamente en ley, en relación con las funciones ridicas del Estado. Ninguno de los eceptos constitucionales, por sí mis- os, o relacionados con los princi- os de la reforma penal de 1936, su- ere el ejercicio de la autoridad de ley, así se trate de la defensa o guridad social. "Las autoridades tán instituídas para proteger a las las personas residentes en Co- nbia en sus vidas, honra y bienes, para asegurar el cumplimiento de deberes sociales del Estado y de particulares", dice uno de los prin- ios generales de la Constitución cional, redactado ya bajo la in- encia de las nuevas doctrinas del echo social, (Acto Legislativo nú- ro 1 de 5 de agosto de 1936, ar- ulo 9º Nueva Codificación Cons- ucional, artículo 15). Este artículo, e modifica el 19 de la Constitución 1886, no es otra cosa que una sín- is de los deberes del Estado, sin por razón de su doctrina, ni por guna otra, pueda interpretarse en sentido de que las autoridades, o funcionarios con autoridad, ten- indistintamente, cualquiera que el orden a que pertenezcan, una ultad propia, común a todos, en lo concierne a la protección y se- idad social, cuyo uso quede al dente arbitrio de tales funciona- . No. Este y todos los deberes de autoridades están reglamentados acuerdo con el sistema de la se- ación, limitación y coordinación de los órganos del Poder Público, sin que sus reglas puedan ser traspasadas lícitamente, pretendiendo los agentes de la autoridad realizar por sí mismos los fines del Estado. Así, por ejemplo, las autoridades administrativas tienen un campo de acción limitado, como agentes del órgano ejecutivo, y en lo tocante a la función judicial —la más independiente de todas, aún dentro de la enmienda constitucional de 1936— les corresponde únicamente aportar los medios que a ella le faltan para la efectividad de sus providencias. Esta es un deber de auxilio, como lo dicen la Constitución y las leyes. De ningún modo una facultad de control. Auxiliando la justicia en cada caso, dentro de los precisos términos de la ley, y no extralimitando por ningún concepto sus funciones propias, es como las autoridades administrativas colaboran y contribuyen a realizar el funcionamiento armónico de los órganos del Estado. El conflicto producido por la resistencia individual contra los actos de la autoridad que obra en el ejercicio de sus funciones no puede, pues, resolverse a favor del que resiste, admitiendo que obra en legítima defensa de sus bienes o de los de un tercero. De aceptarse esta solución, caería el principio de autoridad y con él los principios en que se funda la doctrina de la defensa social, no quedando base para sostener la antijuricidad y, por consiguiente, el carácter antisocial de los actos que en mayor o menor escala atentan contra la seguridad interior del Estado. Sabido es que en todas estas manifestaciones de la delincuencia, contempladas tanto por el antiguo como por el nuevo código, el motivo que el autor o autores del hecho invocan para justificarlo, es que sus derechos y aún los de toda la sociedad han sido conculcados y violados por la autoridad que tratan de desconocer, o por la ley o decisión de la autoridad cuyo cumplimiento quieren impedir. El carácter de autoridad del funcionario que rechaza la providencia de otra autoridad que actúa dentro de su órbita legal, no modifica ni excluye la responsabilidad. Precisamente ese carácter, en

Páginas

el autor del hecho, es el elemento constitutivo del abuso de autoridad. (Casación, Tomo XLIX, número 1959, septiembre 24 de 1940). ..... Páginas 880, 2ª y ss.

DEUDAS HEREDITARIAS

— 88 —

Las deudas hereditarias, esto es, las que lleva consigo la herencia, se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, o se pagan por el único heredero instituído. (Casación, números 1953 y 1954, febrero 15 de 1940). . . ..

DICTAMEN PERICIAL

— 89 —

Fijados los puntos sobre los cuales ha de recaer la peritación, el Juez examinará si los peritos se atuvieron o no a las enunciaciones hechas por él, y sólo en caso negativo deberá acceder a la ampliación del dictamen pericial, o decretarla de oficio. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 7 de 1940). 701, 1ª

DOMINIO

— 90 —

El dominio establece una situación normal que de suyo no ocasiona controversia; la acción que de él toma nombre no nace de él sino del acto ajeno que, quebrantando la obligación general de respetar a cada cual lo suyo, determina el litigio en que se busca el restablecimiento de esa normalidad. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 30 de 1940). . . 609, 2ª

E

EDAD

— 91 —

La edad de una persona puede demostrarse por medio de la prueba testimonial, de conformidad con el artículo 400 del Código Civil. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 16 de 1940). 79,

EDIFICACIONES QUE AMENAZAN RUINA

— 92 —

Véase: Policía Sanitaria. G. J. números 1953 y 1954, sentencia del 6 de febrero de 1940, ... 63, y 2

EJIDOS

— 93 —

No hay en Colombia legislación especial sobre ejidos. Desde la legislación antigua española hasta el régimen de la República, los ejidos eran patrimonio de las ciudades. Y durante la República la legislación ha reconocido la existencia de terrenos comunales, respetando su carácter de tales y los derechos que sobre ellos tienen las ciudades (hoy municipios). Continúan siendo, pues, patrimonio municipal, conforme al Código de Régimen Político y Municipal, vigente hoy. Después de la Ley 4ª de 1913 se han dictado varias leyes de autorizaciones especiales sobre ejidos, como la 87 de 1922 y la 78 de 1928. (Sentencia, Sala Plena, XLIX, número 1959, julio 30 de 1940). ..... 801, 2ª siguient

EJIDOS DE CALI

— 94 —

Del hecho de reunirse varias personas en asamblea general de comités ejidales de barrios de una ciudad y de crearse por esa asamblea una Junta denominada "Junta Central de Comités Ejidales" no puede deducirse la existencia legal de una persona jurídica, con los derechos y la personería que les reconoce el Título 36, libro 1º, del Código Civil. Para ello es menester haber realizado previamente ciertos actos iniciales de voluntad, que están bien definidos por nuestra legislación civil (artículos 636 y 650 C. C.).

Los artículos 1º y 2º de la Ley 32

Páginas

e 1923 se limitan a hacer la declaación de que los ejidos de Cali consituyen un patrimonio destinado al eneficio de las clases pobres y mecsterosas y a darles esa destinación, osa bien distinta de consagrar un erecho de dominio, separando las xtensas tierras ejidales del dominio rocomunal de la ciudad. Al exprear este concepto la Corte, no se exralimitó en las funciones peculiares ue en el proceso ejerció de supreno guardián de la Carta Fundamenal, para abrir y decidir una controersia especial sobre dominio, acción sta última que por su propia índole stá reservada a la iniciativa particular, en debate judicial abierto, y ue es de la competencia exclusiva e la justicia ordinaria.

No hay en Colombia legislación esecial sobre ejidos. Desde la legislaión antigua española hasta el régimen de la República, los ejidos eran atrimonio común de las ciudades. durante la República la legislación a reconocido la existencia de terreos comunales, respetando su carácer de tales y los derechos que sobre llos tienen las ciudades (hoy municipios). Continúan siendo, pues, paimonio municipal, conforme al Código de Régimen Político y Municipal, igente hoy. Después de la Ley 4ª de 913 se han dictado varias leyes de utorizaciones especiales sobre ejios, como la 87 de 1922 y la 78 de 928.

La autorización conferida al Municipio de Cali por el artículo 2º de a Ley 172 de 1938, se refiere a los erenos reputados ejidos y no a otra ase de bienes raíces. Por la disposición acusada las limitaciones conenidas en las reglas de la Ley 32 de 929 quedaron insubsistentes. Se tra, pues, de una medida de carácter ramente administrativo referente bienes que hacen parte del patrionio municipal y cuyo titular del erecho es el Municipio. Por tanto, o vulnera derechos adquiridos, ni gna por ningún otro concepto con s disposiciones constitucionales. Sentencia, Sala Plena, XLIX, núero 1959, julio 30 de 1940). .... 801, 2ª y siguientes

Páginas

EMPLEADOS Y AGENTES

— 95 —

Los artículos 62, 69 y 115 de la Constitución Nacional distinguen entre empleados, grupo genérico atendido por el Congreso en la Ley 165 de 1938, no tocados en ésta y consiguientemente conservados en el pie de libre nombramiento y remoción que para este grupo singular establece aquél en el precepto que hoy es artículo 115 de la Codificación Constitucional. El agente lleva como tal, dentro de los lindes de cada caso, una representación de su superior, que en lo general es quien lo nombra o designa. Ella será más o menos amplia; pero siempre, por deducida que sea, la hay. El empleado simplemente tal no la tiene. Puede suceder que, en ocasiones se la confiera; ello querrá decir que entonces pasa de mero empleado a agente en lo atañedero a la representación de que accidentalmente se la ha investido. El Gobernador de un Departamento es agente del Presidente de la República; el portero de una oficina es mero empleado. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1957 y 1958, julio 15 de 1940). 474, 2ª

ENJUICIAMIENTO

— 96 —

El artículo 845 de la Ley 105 de 1890 no dice de manera literal que en la parte resolutiva del auto de proceder se cite el libro, título y capítulo del Código Penal donde se contemple la infracción que es materia del enjuiciamiento; pero de la palabra "respectiva" que allí emplea la ley no puede deducirse otra cosa. Claro está que cuando se llama a juicio, verbigracia, por homicidio, no sería dable confundir el cargo con una imputación por hurto, estafa o abuso de autoridad; pero hay delitos, y señaladamente el de homicidio, que sí se prestan a una calificación ambigua, puesto que de ellos se habla en varias secciones del Código Penal. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, octubre 19 de 1939). 636, 2ª

Páginas

ENTREGA DE LOS BIENES RAICES

— 97 —

Véase: Tradición de los bienes raíces, G. J. números 1953 y 1954, sentencia del 2 de febrero de 1940.

ERROR

— 98 —

Cuando se acusa por error una sentencia debe indicarse la disposición sustantiva violada como consecuencia de él. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 29 de 1940) . . . 85, 2ª

ERROR DE HECHO

— 99 —

Para que pueda alegarse error de hecho se requiere, de conformidad con el artículo 520 del C. J. que aparezca de modo manifiesto en los autos. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 29 de 1940) 85, 1ª

ERROR GRAVE

— 100 —

Aunque en el artículo 720 del C. J. ni en ninguna otra disposición se dice expresamente qué se entiende por error grave, considera la Sala que conforme a la crítica jurídica y a las reglas generales que rigen la prueba pericial, debe entenderse que error grave debe ser de naturaleza tal, que al estar debidamente comprobado dé base para juzgar que ha influído total o siquiera parcialmente en la mente de los peritos para dar su dictamen, esto es, que si no hubiera sido por tal error el dictamen no habría sido el mismo. La disposición pertinente del Código Judicial anterior al actual (artículo 77, Ley 105 de 1890) habla de error esencial; y aunque es cierto que hay diferencia entre los términos esencial y grave, ello no puede tener otro alcance que el de fijar una mayor órbita de apreciación en lo referente al término grave; pero en manera alguna hasta llegar a que pueda considerarse como grave cualquier error. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1953 y 1954, septiembre 25 de 1939). . . . . 148, 2ª y 149, 1ª

ESTADO — CONTRATANTE

— 101 —

Aceptada por el Estado una obligación contractual, su cumplimiento es ineludible, sin que puedan interpretarse las leyes nuevas expedidas posteriormente a la celebración del contrato en el sentido de hacer más gravosas las prestaciones a que está obligada la parte contratante. Eso equivaldría a modificar unilateralmente el contrato, lo cual se opondría a los principios de derecho, a la equidad y a la estabilidad de las instituciones jurídicas. (1). (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIX, números 1955 y 1956, abril 16 de 1940). 448, 1ª

EXCEPCIONES

— 102 —

Si se aceptara nueva excepción real a uno de los fiadores y llegara ella a prosperar, se presentaría este dilema: o el fallo aprovecha a todos los ejecutados o sólo al excepcionante. Si lo primero, se desconocería en sus efectos la norma del artículo 1025 del Código Judicial, en cuanto no se pueden proponer excepciones sino una sola vez, pues los ejecutados que ya hicieron uso de ese derecho tendrían, por segunda vez, un proceso exceptivo favorable. Si lo segundo, se llegaría al absurdo, violatorio del principio de contradicción, de que el ente jurídico de obligación, que es materia del proceso, existía y no existía objetivamente a un mismo tiempo.

Cuando es un fiador el ejecutado, su derecho a excepcionar se limita a

(1) Así lo resolvió la Corte en sentencias de fechas 9 de mayo de 1930 y 20 de septiembre de 1930.

aquellos medios que le son personalísimos o que, por ser ingerentes a la obligación principal, tienen el carácter de reales; no le es permitido, por tanto, alegar como excepción hechos personales del deudor principal, como su incapacidad para obligarse, la cesión de sus bienes, el beneficio de competencia, etc., pues tales medios sólo pueden ser invocados por éste. (Artículo 2380 del C. C.) En cambio, y por la naturaleza misma de la obligación que el fiador contrae, puede él invocar las que nacen del hecho de haber sido colocado por el acreedor en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores. (Artículo 2381 del C. C.); o de haber caído dicho deudor en insolvencia durante el retardo en cobrar, después de reconocido por el fiador. (Artículo 2383 del C. C.); o en hacer la excusión para la cual suministró oportunamente lo necesario. (Artículo 2390 del C. C.) (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 15 de 1940). . . . . .

EXCEPCIONES

— 103 —

Ha sido constante jurisprudencia de la Corte la de que cuando el juzgador encuentra que no está probada la acción, materia de la litis, no le hace indispensable entrar en el estudio de las excepciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1955 y 1956, abril 23 de 1940). . . . . .

EXCEPCIONES

— 104 —

Los hechos que generan excepciones deben alegarse separadamente unos de otros, y probarse. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 12 de 1940) 718, 2ª

Páginas

EXCEPCIONES

— 105 —

La excepción de pleito pendiente requiere, de conformidad con el artículo 334 del Código Judicial, que la acción debatida en las dos causas sea la misma, esto es, que el fallo en unos de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro, porque se trate de idéntica controversia entre las mismas partes. La excepción de litis-pendencia sólo se verifica cuando la primera demanda comprende la segunda; en los demás casos podrá haber conexión de acciones; pero entonces este fenómeno produce consecuencias distintas de la de paralizar la segunda demanda. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 10 de 1940). 708, 1ª

EXCEPCIONES

— 106 —

721, 1ª Al juicio ejecutivo no le es aplicable la disposición general del artículo 343 del Código Judicial, pues en él deben proponerse las excepciones de una sola vez y éstas han de consistir en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. (Artículos 1025 y 328 del C. J.) (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 30 de 1940). (1). 687, 1ª

EXCEPCIONES

343, 2ª — 107 —

El ordinal 3º del artículo 333 del Código Judicial debe entenderse en sentido procedimental, toda vez que tal es el carácter de las excepciones dilatorias. El que la acción sea actualmente ejercitable o no, el que ra-

(1) Concordancia: véase la sentencia de fecha 26 de marzo de 1936, publicada en el tomo 43 de la Gaceta Judicial, página 481.

Páginas

dique o no en cabeza del demandante al tiempo de promoverse la demanda, son cuestiones de orden sustantivo, fuera del alcance de la excepción dilatoria. Para apreciar una defensa dilatoria hay que atender, no al nombre con que se bautice, sino al hecho que la genera. El hecho de no estar agotado el procedimiento administrativo de que habla la Ley 76 de 1920 no constituye excepción dilatoria de conformidad con el artículo 330 del C. J., pues las de esa clase están taxativamente determinadas en esa disposición legal. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 7 de 1940) . .

EXCEPCIONES

— 108 —

La excepción perentoria a que da lugar el incidente de excepciones del juicio ejecutivo tiene que originarse siempre en los hechos a que alude el artículo 329 del Código Judicial, que ataquen el fondo mismo del derecho reclamado por el ejecutante y no en vicios de procedimiento que dan lugar a consecuencias distintas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 26 de 1940) . . . . . .

EXCEPCION DE IMPUESTOS

— 109 —

Véase: Impuestos y exención de ellos. La sentencia de la Sala Civil de Unica Instancia del 25 de septiembre de 1939. G. J., números 1955 y 1956.

EXEQUIBILIDAD

— 110 —

Es exequible el artículo 2º de la Ley 172 de 1938, por el cual se autorizó al Concejo de Cali para enajenar libremente los terrenos reputados como ejidos de ese Municipio. (Sentencia, Sala Plena, XLIX, número 1959, julio 30 de 1940) . . . . . .

EXEQUIBILIDAD

— 111 —

Son exequibles los artículos 1º, 2º y 11 de la Ley 165 de 1938, por la cual se creó la carrera administrativa. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1957 y 1958, julio 15 de 1940) . . . . . 474 y sgtes

EXEQUIBILIDAD

— 112 —

703, 2º Son exequibles los artículos 2º y 3º del Decreto número 1892 de 4 de agosto de 1936, por el cual se adiciona el número 818 del mismo año. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1957 y 1958, junio 26 de 1940) . . . . . 465 y sgtes.

EXEQUIBILIDAD

— 113 —

746, 2º Son exequibles los artículos 1º a 5º, 9º a 11, 13, 14, 16, 17 y 23 del Decreto número 1606 de 1937, y los artículos 1º y 4º del Decreto número 1717 del mismo año, reglamentarios de empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 12 de 1940). 36, 1

F

FACTORES O DEPENDIENTES DE COMERCIO

— 114 —

801, y sgtes. El artículo 440 del Código de Comercio, sobre factores o dependientes, refiriéndose aun a cuando contesten a su propio nombre, sin expresar que lo hacen por cuenta ajena, establece, sin embargo, que se entenderá que lo hacen por la de sus comitentes, en los casos allí mismo establecidos. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 28 de 1940). 574,

Páginas

FIANZA

— 115 —

Conforme al artículo 2373 del Código Civil la fianza prestada por una persona para responder de las obligaciones de determinado empleado no puede extenderse a empleados distintos, pues sería tanto como presumir una declaración de voluntad que no se ha hecho, lo que contravendría expresamente a la mencionada disposición. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 13 de 1940) 718, 1ª

FILIACION NATURAL

— 116 —

Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de investigación de la paternidad son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912, de suerte que las exposiciones de algunos expositores franceses tales como Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant sobre el particular, tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. Mas difieren las dos legislaciones sobre los términos procesales para el ejercicio de la acción de estado y sobre la viabilidad y procedencia de la misma. Nuestra legislación no señala, como la francesa, términos perentorios para el ejercicio de la acción de investigación y, en cuanto a la viabilidad de la acción de investigación contra los herederos del presunto padre natural no es una misma la doctrina, pues en tanto que los tratadistas y la jurisprudencia francesa no admiten el fallecimiento del pretendido padre como causa extintiva del derecho del hijo, entre nosotros no cabe admitir lo mismo. Dentro del sistema normativo francés la doctrina y la jurisprudencia son rigurosamente lógicas. Tales doctrina y jurisprudencia, fundadas en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto, el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio, la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción.

Los artículos 403 y 404 del Código Civil, a los cuales quiso darles estricta y obligatoria aplicación la Ley 45 de 1936, son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad "deberá intervenir el padre forzosamente". En consecuencia, siempre, que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá intervenir el padre, so pena de nulidad. Aunque la Corte comparte, en principio, la tesis general sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia, en perfecta armonía con ella acepta y sostiene que en estas acciones de investigación de la paternidad el Código colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal. Tal excepción está consagrada por los artículos 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al legítimo contradictor que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de oscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial para esta clase de controversias sobre filiación. Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del Código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos para ir a derogarlos con el pretexto de darles aplicación a simples reglas de dere-

Páginas

cho procesal que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

En el artículo 408 se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en estos juicios al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera ésta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404 en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. Estima la Corte que al artículo 401 del C. C. no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona, "erga omnes", aunque no hayan estado representadas en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que se haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Los fallos de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y esos fallos siempre producirán efectos "erga omnes".

Estudiado detenidamente el precepto del artículo 12 de la Ley 45 de 1936 puede apreciarse fácilmente que el legislador quiso darle al ministerio público la categoría de parte demandante, ya que sólo menciona a las personas que pueden promover la acción de investigación, entre las cuales incluye al Ministerio Público. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 26 de 1940). (1). .....

(1) Salvaron su voto a esa sentencia los Magistrados Juan Francisco Mújica, Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta, en extensas e interesantes exposiciones.

Páginas

FRUTOS CIVILES

— 117 —

De conformidad con el artículo 718 del C. C., los frutos civiles pertenecen al dueño de la cosa que los produce; y si se trata de una obligación de pagar una cantidad de dinero, los intereses devengados pertenecen al acreedor o a sus herederos, cesionarios o causahabientes. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 4 de 1940). 212, 2ª

FUNCIONARIO PUBLICO

— 118 —

No constituye violación del artículo 180 del Código Penal el hecho de exponer un Magistrado de Tribunal Superior el proyecto de programa administrativo que habrá de desarrollar en el puesto que ha aceptado de Concejal de un Municipio, ni es posible hallar incompatibilidad entre la Magistratura y el empleo obligatorio de miembro de un Concejo Municipal. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 21 de 1940) 649, 2ª

G

GASTOS DE LA PARTICION

— 119 —

Los gastos atendidos por el partidor, que son los de registro de la partición, protocolización del proceso, papel sellado para la actuación final, precisamente han de hacerse porque la ley los impone, y su cuantía será la que en su oportunidad quede señalada de acuerdo con ésta; por tanto, no cabe reparo porque se hayan previsto ni porque el cálculo pueda carecer de exactitud matemática, siendo así que ni bajan ni suben porque él haya sido por cifra menor o mayor de la que a la postre venga a ser el monto efectivo de las erogaciones aludidas. De otro lado, es de señalada conveniencia prevenirlos en la partición, entre otras razones por 255 y sgtes.

la muy poderosa y práctica de no exponer la completa terminación de la causa mortuoria al resultado intencionado o no de cualquiera de los dos interesados en su concurrencia al pago y el de no exponer a los interesados acuciosos a cargar, al menos de pronto, con la totalidad de una erogación en que sólo llevan parte. Además, por analogía se justifica esa inclusión con lo que para los juicios divisorios establece el artículo 1142 del Código Judicial. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 11 de 1940). 604, 1ª

H

HEREDEROS

— 128 —

Los asignatarios a título universal, sean llamados al total o a una cuota de la universalidad, son herederos y representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, entre éstas, las que nacen de los delitos o cuasi-delitos, que se transmiten a los herederos activa y pasivamente considerados, de tal modo que pueden pedir la indemnización correspondiente al difunto, y están obligados, en su caso, a pagar la que él debía (artículos 2342 y 2343 del C. C.) Las deudas hereditarias, esto es, las que lleva consigo la herencia, se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, o se pagan por el único heredero instituído. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 15 de 1940) . . . . . 101, 2ª y 102, 1ª

HIGIENE Y ASISTENCIA PUBLICAS

— 121 —

La Junta Central de Higiene, creada por la Ley 30 de 1886, quedó sustituída por el Departamento Nacional de Higiene y Asistencia Públicas, creado por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1931 y reglamentado por el Decreto número 1828 del mismo año, entidad administrativa a la que señalaron las funciones de dirigir, vigilar y reglamentar la higiene y salubridad pública y privada, en todos sus ramos, y cuyas disposiciones venían a ser, por mandato legal, actos oficiales, obligatorios, que todas las autoridades debían cumplir y hacer cumplir. De ahí que los artículos 20 de la Ley 1ª de 1931 y 21 de la 29 de 1922 ordenaron que los funcionarios del orden administrativo y de policía cumplieran inmediatamente las disposiciones sobre higiene, mientras no fueran derogadas por la autoridad sanitaria superior o por la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 5º de la Resolución número 270 de 1935, del Departamento Nacional de Higiene, autoriza a los funcionarios de sanidad y de policía, los que tienen las mismas facultades según el artículo 9º de la Ley 112 de 1919, para ordenar la demolición de las obras que se hayan iniciado y que adelanten en forma que no consulte las necesidades de salubridad pública, y para imponer multas sucesivas, que se harán efectivas por trámites administrativos, a quienes de esta manera atenten contra la salud pública. En el mismo sentido estaba redactado más o menos el artículo 56 del Acuerdo número 40 de 1918, dictado por la extinguida Junta Central de Higiene. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 6 de 1940). 61, 2ª

HIJOS NATURALES

— 122 —

Véase: Filiación natural.—La sentencia de casación del 26 de abril de 1940, G. J., números 1955 y 1956, tomo XLIX, páginas 255 y siguientes.

HIJUELAS COMO TITULOS DE DOMINIO

— 123 —

Conforme al artículo 765 del Código Civil las hijuelas son, por sí solas, títulos traslaticios de dominio, y, por tanto, hay que considerarlas

Páginas

como suficientes para su comprobación, siempre que no se les oponga otro título anterior, pues en ese evento habría que remontar la cadena de títulos anteriores a la hijuela hasta dar con uno anterior al opuesto a ella. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, aun si sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el poseedor dueño mientras no se pruebe lo contrario. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 22 de 1940). 313, 1ª

HIPOTECA

— 124 —

La sentencia de un juicio de los anteriores vendedores de una finca hipotecada no puede producir la nulidad de lo actuado, porque la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido (artículo 2452 C. C.); el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario (artículo 2440 del C. C.), y el acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda (artículo 2448 ibib.). (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 4 de 1940). 216, 2ª

HIPOTECA Y SU EXTENSION

— 125 —

Las disposiciones de los artículos 2446 del Código Civil y 679 del Código de Comercio son contrarias. En presencia de ese conflicto la Corte acoge la teoría de la aplicación preferente de la doctrina del artículo 2446 del C. C. en virtud de lo estatuído por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, y porque lo dispuesto en ese artículo del C. C. es de carácter excepcional, preferible, por consiguiente, a la disposición del de Comercio, que contiene la regla general. En cambio, el artículo del Código Civil consagró la especial o de excepción al disponer expresamente la extensión de la hipoteca a la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados. Esta indemnización, comprendida por la hipoteca, no propiamente por virtud de subrogación, sino por expreso mandato de la ley que ha querido representar en ella la cosa perecida, forma parte del patrimonio del deudor como cosa especialmente afecta el pago de la obligación hipotecaria, y sobre él puede el acreedor, consecuenciamente, ejercitar las acciones que concede la ley. Por otra parte, la ley de la hipoteca es la civil, cualesquiera que sean la condición de quienes la otorguen y la naturaleza de la obligación que garantice. (Sentencia, Sala de Casación Civil, XLIX, números 1957 y 1958, abril 4 de 1940). . . . . 438, 1ª y 2ª

HOMICIDIO

— 126 —

Cuando se trata de un homicidio cometido en el momento de recibir o ser provocado alguno por golpes, heridas u otras violencias, es indiferente el que el acto recaiga sobre Cayo Ticio u otro individuo, si para el victimario éste era el provocador que le causaba una herida que lo hizo reaccionar y matar en el acto mismo a ese provocador a quien creyó fundadamente que lo era.

El Jurado no tiene obligación de emplear términos legales; de modo que cuando dice, por ejemplo, "en el momento" de recibir golpes, en vez de usar la expresión "en el acto mismo", que es la consagrada por el artículo 605 del Código Penal derogado, resulta demasiado sutil y contrario al criterio de lo más favorable en materia penal, establecer entre la frase de que se valgan los jueces de hecho y la consignada en la ley, una diferencia sustancial. — (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, octubre 13 de 1940). 684, 2ª

Páginas

HOMICIDIO

— 127 —

No puede reputarse como agravante en un homicidio simplemente voluntario la mayor violencia en su consumación, teniendo en cuenta el número de heridas, porque el delito en sí mismo implica violencia y porque el homicidio, en esos casos, dada la alteración de su ánimo, no cuenta los golpes ni considera la región que ha de vulnerar. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, octubre 11 de 1939). 631, 2ª

HOMICIDIO

— 128 —

La Corte en repetidos fallos ha sentado la doctrina de que de acuerdo con el artículo 602 del Código Penal de 1890, la calificación de "menos graves" en los homicidios de que trata el artículo 587 ibídem es del prudente arbitrio de los juzgadores de instancia. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, agosto 11 de 1940). 127, 2ª

HOMICIDIO

— 129 —

El artículo ... del Código Penal de 1890 dice que "es homicidio la muerte que un hombre da a otro, sin mandato de autoridad legítima expedido en cumplimiento de las leyes". Dentro de esta definición queda comprendida la muerte que un hombre da a otro en casos como los de envenenamiento, abandono de niños, incendio para matar, de los cuales tratan capítulos del Código Penal únicamente la palabra homicidio. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, octubre 19 de 1939). 637, 1ª

HOMICIDIO

— 130 —

En repetidos fallos ha dicho la Corte que cuando el veredicto del Jurado coloca el homicidio en alguna de las especies contempladas por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587 del Código Penal de 1890, queda al arbitrio del Juez decidir si debe estimarse o no tal homicidio como "de los menos graves" (inciso segundo del artículo 602, ibídem); y que si ello es del arbitrio o libre apreciación del juzgador de instancia, el hecho de que éste haya prescindido de calificar el homicidio como "de los menos graves" no es motivo de casación.

Páginas

Cuando el Jurado ha dicho que el acusado "es responsable después de recibir ofensas y ser provocado a riña", la provocación a riña, expresamente reconocida por el Jurado, indica como aplicable entonces el artículo 602 del Código Penal citado. Si el veredicto se hubiese limitado a enunciar la circunstancia de las injurias solamente, en ese caso habrían quedado los juzgadores de instancia en libertad para considerar o no el homicidio como "de los menos graves" y para suavizar o no la pena, con la facultad discrecional que les da el inciso segundo del artículo 602; pero cuando se hace referencia a la riña provocada por el que murió, ya no es simplemente potestativo del Juez tener por atenuado el homicidio, sino que debe aplicarse el primer inciso del artículo 602. No haciéndose de esa manera hay indebida aplicación de la ley penal y la sentencia debe caer. No sería razonable en ese caso negarle su sentido o valor a la frase explicativa del veredicto y tampoco podría afirmarse que el inciso primero del artículo 602 del Código Penal de 1890 sólo tiene aplicación cuando el que murió fue el promotor de la riña por medio de agresiones o injurias que hayan puesto al matador en el caso de provocar la riña.

La ley no hace una distinción bien clara entre lo que sea provocar y promover una riña y así, por ejemplo, el artículo 668 del Código parece considerar sinónimos esos términos. Si debe imponerse la pena atenuada del artículo 602 al que mató en riña, aún en el caso de que el homicida la haya provocado, cuando fue el que murió quien la provocó, "ya directa-

Páginas

mente, o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario, para que éste provoque la riña", con tanto mayor razón deberá aplicarse la pena atenuada si la riña que ocasionó el homicidio fue no sólo promovida sino también provocada por el que murió. (Casación, XLIX, número 1959, junio 12 de 1940). ... 886, 2ª y 887, 1ª

HOMICIDIO Y HERIDAS

— 131 —

Habiendo dicho terminantemente el auto de proceder por homicidio y heridas que éste último delito se cometió mediando riña en la cual se vio envuelto el acusado, esta circunstancia modificadora no puede desconocerse en la sentencia. Y al infirmar ésta por tal motivo la casación del fallo debe comprender también la condenación por homicidio, supuesto que se trata de delitos conexos. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, agosto 26 de 1939). 129, 2ª

HONORARIOS DEL PARTIDOR

— 132 —

No hay motivo legal para objetar la partición por el hecho de haberse incluído en ella la partida para honorarios del partidor, inclusión que suele hacerse de acuerdo entre los interesados y el partidor. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 11 de 1940). 604, 2ª

IMPUESTO DE CONSUMO

— 133 —

El artículo 3º de la Ordenanza antioqueña número 45 de 1921 contiene la doctrina de que el consumo, económicamente considerado, es la etapa final en el proceso de la riqueza y consiste en la aplicación que del producto se hace a la necesidad o fin para que fue creado; prohibe el doble cobro del impuesto y establece la obligación municipal de devolverlo en el caso de que sea cobrado en un distrito en razón de productos que luégo salgan de su territorio para ser realmente consumidos en otro. Este concepto está de acuerdo con los principios científicos de la hacienda pública y con la jurisprudencia de nuestros tribunales administrativos. Además, coincide con los artículos 4º de la Ley 33 de 1916 y 1º de la 14 de 1917.

Todos los impuestos, cualquiera que sea su categoría dentro de la organización constitucional, siempre tienen su fuente y fundamento en la ley nacional, y no puede existir ninguna contribución departamental ni municipal que no haya sido previamente autorizada por ella. Siempre es la ley la causa de las obligaciones en materia impositiva, ya se trate de su recaudo o de la devolución de lo que ha sido pagado en los casos en que la repetición esté autorizada. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 10 de 1940). ..... 300, 1ª y 301, 2ª

IMPUESTO DE ESTACA

— 134 —

Véase: Minas. (Casación del 20 de agosto de 1940), G. J., tomo XLIX, número 1959, páginas 837 y siguientes).

IMPUESTO DE IMPORTACION

— 135 —

Las cuestiones referentes a la determinación precisa del impuesto de importación pertenecen al campo del derecho administrativo fiscal y están excluídas, por lo tanto, del conocimiento de los tribunales ordinarios. En ellas tiene jurisdicción exclusiva la organización aduanera a que alude el artículo 3º de la Ley 79 de 1931.

La decisión de esa entidad no está sometida a ulterior revisión por parte de la justicia ordinaria. (Artículo 93 de la Ley 130 de 1913). (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX,

Páginas

números 1957 y 1958, julio 24 de 1940). . ..... 760, 2ª y 761, 1ª y 2ª

IMPUESTOS MUNICIPALES

— 136 —

El impuesto municipal que se salga de las condiciones de la Ordenanza carece de causa, y su retención da lugar a un indebido enriquecimiento por parte del tesoro del distrito. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 10 de 1940). .....

301, 2ª

IMPUESTOS SOBRE PATRIMONIO Y SOBRE EXCESO DE UTILIDADES

— 137 —

En dos sentencias de fecha 7 de octubre de 1938 estableció la Corte que los impuestos de patrimonio y de exceso de utilidades no son, de ninguna manera, impuestos nuevos, sino, por el contrario, forman un todo con el impuesto sobre la renta y no vienen a ser otra cosa que un aumento de la tarifa de éste. La Corte se apoyó principalmente en los artículos 13 y 21 de la Ley 78 de 1935. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIX, números 1955 y 1956, abril 16 de 1940). .....

442, 2ª

IMPUESTOS SOBRE LA RENTA, SOBRE EXCESO DE UTILIDADES Y SOBRE PATRIMONIO

— 138 —

El impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre patrimonio se consideran como un todo indivisible, según el artículo 21 de la Ley 13 de 1935, y según doctrina de la Corte. La legislación colombiana sobre impuestos de renta y patrimonio sigue el sistema del impuesto único, diferente del cedular y por eso hace materia del gravamen, bajo esas denominaciones, todo patrimonio, ganancia, renta, utilidades y excesos de éstas. Basta que algunos de esos factores se presenten para que venga la imposición por ministerio de la ley y sin consideración a si quienes deban pagar el impuesto están domiciliados en Colombia o en el exterior.

El impuesto sobre la renta se cobra y recauda no sólo por toda propiedad poseída en Colombia, sino por todo negocio, industria, profesión u ocupación que tenga en el país la persona gravada y sea cual fuere el lugar donde se perciba la renta, según el artículo 5º de la Ley 78 de 1935. Siguiendo el sistema del impuesto único el legislador colombiano no quiso gravar y gravó toda renta proveniente del ejercicio de cualquier actividad, de toda fuente de entrada que se produzca en Colombia, sin restricción de ninguna clase. En sentir de la Corte la misma amplitud que existe para el cobro del impuesto sobre la renta existe para la imposición y recaudo del impuesto sobre el patrimonio, puesto que tratándose de un impuesto único, siendo indivisibles para todos los efectos legales el impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre patrimonio, la Ley 78 debe interpretarse de una manera coordinada y armónica, no siendo posible hacer ninguna diferencia entre las personas sujetas al impuesto del patrimonio ni de las causas que lo producen, por lo mismo que no es posible hacer esa diferencia en tratándose del impuesto sobre la renta.

El impuesto sobre la renta recae sobre toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, y lo mismo sucede respecto del impuesto sobre el patrimonio. En pocas palabras: el problema de la posesión de los créditos no tiene incidencia en materia de impuestos y contribuciones en el caso de la demanda de inexequibilidad propuesta, por las siguientes razones: a) porque el legislador gravó todo patrimonio y toda actividad productora de renta, incorporada a la economía nacional, sin acepción de personas y sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas gravadas, ni el lugar de origen de donde procede el capital. Basta que éste se halle en Colombia para que sea materia de la

Páginas

imposición; b) porque al hablar la ley de los patrimonios o capitales que se posean en Colombia, no se puede interpretar esa expresión en el sentido extricto de la posesión de los créditos que tiene el Código Civil, y c) porque si no fueran así las cosas, se establecería un privilegio en favor de patrimonios o capitales de origen extranjero, que están lucrando en Colombia, lo cual pugnaría con el artículo 27 de la Constitución, en su inciso 3º (Sentencia de la Sala Plena, XLIX, números 1957 y 1958, junio 26 de 1940). .....

IMPUESTOS Y EXENCION DE ELLOS

— 139 —

Si se anula una resolución administrativa en virtud de la cual se exigió una suma de dinero que no se debía, la persona lesionada tiene derecho de repetir lo pagado, de conformidad con la ley civil. (Artículos 2313 y 2318 del Código Civil).

Cuando se trata de nulidad de resoluciones que ordenan el cobro ilegal del impuesto sobre la renta, declarada por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, la ley autoriza el reembolso al contribuyente de las sumas indebidamente pagadas. (Artículo 14 de la Ley 81 de 1931. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, septiembre 25 de 1939), XLIX, números 1955 y 1956). 439, 2ª

INCONGRUENCIA

— 140 —

La causal 2ª no puede prosperar cuando la sentencia es sencillamente absolutoria, como tantas veces lo ha dicho la Corte en casación. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 15 de 1940). .....

INCONGRUENCIA

— 141 —

La incongruencia, disonancia o falde conformidad entre lo pedido y lo fallado tan sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos de la controversia (ultra petita); o en haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio (extra petita); o porque se condenare a más de lo pedido (plus petita); o porque no se fallare sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo (minima petita). Unicamente en algunas de tales circunstancias hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demanda y la re- 467 y sgtes. solutiva de la sentencia. Mas nunca tal disonancia podrá hacerse consistir en que el Tribunal sentenciador haya considerado la cuestión sub judice de manera diferente a como las aprecia alguna de las partes litigantes, o en que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguno de éstos. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 18 de 1940). 307, 2ª

INCONGRUENCIA

— 142 —

Cuando la sentencia absuelve al demandado de los cargos de la demanda no puede decirse que deje de resolver algo de lo que ésta puso sub judice o que decida sobre algo ajeno del litigio o que al conceder se exceda de lo demandado. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 3 de 1940). 612, 2ª

INCONGRUENCIA

— 143 —

Con sostenida uniformidad ha hallado la Corte que una sentencia absolutoria no puede ser tachada de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y que esa falta no puede consistir en que el fallo no colme las aspiraciones de tal o cual de éstos, 73, 2ª sino que se halla, en el respectivo motivo de casación, ya en que deje de decidir sobre algo oportuna y legalmente puesto sub judice, ya en que decida extra o ultra petita. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 30 de 1940) 610, 1ª

Páginas

INCONGRUENCIA

— 144 —

La acusación de incongruencia es improcedente cuando la sentencia ha sido absolutoria, según reiterada jurisprudencia de la Corte. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 19 de 1940). 832, 2ª

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

— 145 —

La Corte carece de jurisdicción para conocer del recurso de casación propuesto en juicios que, como aquel a que dan lugar las controversias sobre el trabajo, debieron ser tramitados de manera breve y sumaria, siquiera se tramiten como ordinarios. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 21 de 1940). (1).

INCIDENTES EN EL RECURSO DE CASACION

— 146 —

En el recurso de casación, por su naturaleza de extraordinario, tanto en su origen como en su jurisdicción y tramitación, no cabe otro incidente que el de recusación, pues todos los otros son impertinentes dentro de su rígida secuela. En caso de que exista alguna causal de nulidad, capaz de invalidar la actuación anterior de instancia, sólo es permitido presentarla como motivo consagrado en el inciso 6º del artículo 520 del C. J., si tal nulidad viene determinada en el artículo 448 del mismo Código, para que se estudie y falle en la sentencia definitiva, calificadora del recurso. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 26 de 7940). . . . . 254, Iº

Páginas

INDEMNIZACION POR PERJUICIOS POR MORA

— 147 —

El artículo 1617 del Código Civil consagra un estatuto especialísimo para la indemnización de perjuicios por mora. Al efecto, la indemnización en esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos, que pueden concretarse así: a) Sólo procede la indemnización moratoria, nunca la compensatoria, porque debiéndose dinero los daños por la inejecución no pueden pagarse como compensatorios; b) No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios, porque la ley los presume, y basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse, ya que la ley supone que todo capital gana intereses y que el solo hecho de que el acreedor no los recibiera oportunamente le ha privado de realizar inversiones lucrativas; c) El avalúo de perjuicios no está sometido al criterio del juez, porque de antemano lo ha hecho la ley con toda precisión y existe un avalúo anticipado, de origen legal; y d) El pago de intereses constituye, por regla general, la única indemnización, salvo que se evidencien plenamente en los autos otros perjuicios distintos. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 4 de 1940). 212, 2º

INEXEQUIBILIDAD

— 148 —

No es inexequible el artículo 2º de la Ley 172 de 1938, por el cual se autorizó al Concejo de Cali para enajenar libremente los terrenos reputados como ejidos de ese Municipio. (Sentencia, Sala Plena, XLIX, número 1959, julio 30 de 1940). . . . . 801, 2ª y sgtes.

INEXEQUIBILIDAD

— 143 —

No son inexequibles los artículos 1º a 5º, 9º a 11, 13, 14, 16, 17 y 23 del Decreto número 1606 de 1937, ni

(1) Concordancia: en la sentencia de casación de 31 de mayo del mismo año sentó la Corte igual doctrina. Véase el número 1957 de la G. J., página 510. 1ª

Páginas

los artículos 1º y 4º del Decreto número 1717 del mismo año, reglamentarios ambos de la Ley 109 de 1937 sobre tarifas y reglamentos de empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 12 de 1940). .....

INEXEQUIBILIDAD

— 150 —

La Corte no puede ejercer su misión de guardián de la Constitución Nacional en relación con un acto acusado sino cuando éste se halla en plena vigencia. (Sentencia, Sala Plena, XLIX, número 1959, septiembre 10 de 1940). .....

INEXEQUIBILIDAD

— 151 —

Habiendo otorgado la Ley 11 de 1914 en favor de la Academia Colombiana no una concesión o gracia de naturaleza puramente administrativa, revocable cuando lo quisiera el Estado, sino un derecho de aspecto civil patrimonial por causa de que versó o tuvo por objeto un bien sometido en líneas generales al régimen de la propiedad privada, es inexequible el artículo 4º de la Ley 100 de 1937. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 4 de 1940). (1). .....

INEXEQUIBILIDAD

— 152 —

No son inexequibles los artículos 1º, 2º y 11 de la Ley 165 de 1938, por la cual se creó la carrera administrativa. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, número 1957 y 1958, julio 15 de 1940). .....

Páginas

474 y sgtes.

INEXEQUIBILIDAD

— 153 —

36, 2º No son inexequibles los artículos 2º y 3º del Decreto número 1892 de 4 de agosto de 1936, por el cual se adiciona el número 818 del mismo año. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1957 y 1958, junio 26 de 1940). .....

465 y sgtes.

INSPECCION OCULAR

— 154 —

810, 1º y 2º La prueba de inspección ocular tiene por objeto el examen, reconocimiento y observación que el juez competente hace acompañado de peritos o testigos de las cosas o hechos, litigiosos relacionados con el debate judicial; es propiamente una prueba de resumen de todas las circunstancias aprovechables para juzgar con más acierto, de cuyo cumplimiento y modalidades da fe el mismo funcionario judicial en cuya presencia han ocurrido o por cuya percepción se han conocido. El acta de la diligencia, que debe ser autorizada con la firma de quienes intervinieron en ella, debe contener la relación pormenorizada y cuidadosa de todos los hechos e incidentes ocurridos en la inspección, como declaraciones de testigos, juramentos, reclamaciones, observaciones 21, 1ª y sgtes. sobre uno u otro particular, peticiones de todo orden, manifestaciones orales hechas por los interesados y circunstantes, todo, en fin, lo que haya ocurrido para fijar su recuerdo y facilitar su aprovechamiento para la sentencia. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 31 de 1940). ...

624, 2

INSTIGADOR DEL DELITO

— 155 —

El Código Penal de 1936 asume caracteres de mayor severidad que el de 1890, cuando se trata de personas que mediaron como instigadoras

(1) Salvaron su voto en esta sentencia los Magistrados doctores Pedro A. Gómez Naránjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Hernán Salamanca, y el Conjuez C. A. Torres Pinzón.

n el crimen, las cuales pueden ser astigadas con la misma pena del au- or, según el artículo 19, inciso 2º del Código vigente. (Casación, XLIX, úmeros 1957 y 1958, octubre 23 de 939). . . . . .

INSTRUMENTO PRIVADO

— 156 —

De acuerdo con el derecho proba- orio, el instrumento privado, en cu- a confección no interviene ningún uncionario público sino personas articulares, es un documento que or esta razón queda expuesto a su- ir fácilmente alteraciones de todo rden, o tiene por su origen ningún ello de autenticidad, a diferencia de que acontece con los instrumentos úblicos, que en consideración a la uente oficial de donde provienen y la fe de los funcionarios del Esta- o que intervienen en su creación, onllevan la prueba de su autentici- ad como calidad presumida por la y. El instrumento privado no tiene érito de prueba por sí solo, con ex- epción de los instrumentos negocia- es según el artículo 4º de la Ley 3 de 1923, y solamente lo adquiere en la fuerza que corresponde a la onfesión judicial cuando ha sido le- almente registrado o reconocido ex- resa o tácitamente por la persona bligada y en las condiciones seña- das por la ley. Importan estas no- ones por el fenómeno probatorio ue se opera en los casos de impug- ación judicial de un instrumento rivado, que al ser impugnado por parte contra quien se exhibe que- desnudo de toda fuerza demostra- va, y obligado quien lo aduce o pre- nta, que es quien afirma su auten- cidad a demostrarla. No acontece lo mismo cuando la impugnación refiere a un instrumento público, rque hay entonces en favor de él a presunción legal de autenticidad e debe destruir quien la ataca, y e no ampara a los instrumentos ivados, de modo que quien los im- pugna no echa sobre sí obliga- ón ninguna. (Casación, XLIX, nú- eros 1953 y 1954, febrero 15 de 40). . . . . .

Páginas

INSTRUMENTOS PUBLICOS

— 157 —

640, 1ª Si el artículo 652 del C. J. dispone que los instrumentos alterados en parte sustancial de su contenido no deben estimarse como pruebas, a contrario sensu hay que concluír que cuando el documento aparezca alterado en parte no esencial sino secundaria y que no habrá de influír en los resultados del proceso, puede el juzgador apreciarlos en todo el valor demostrativo que les reconozca la ley. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 4 de 1940). 218, 1ª

INTERDICTO POSESORIO DE DESPOJO

— 158 —

Esos juicios no tiene por objeto controvertir el dominio, sino probar que el demandante era poseedor material a tiempo en que sufrió el despojo o la perturbación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 27 de 1940). 666, 2ª

INTERES JURIDICO

— 159 —

En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que él venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega ese interés; con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser, no cualquiera consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar anuladas sus relaciones o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas puede entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento 97, 2º

Páginas

suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir, lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio, al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse en atención a un tiempo futuro. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 22 de 1940). 848, 2ª

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

— 160 —

El juzgador debe interpretar la demanda. La cita de los preceptos legales que se pretenden para respaldar un derecho puede ser equivocada; pero si el derecho en realidad existe bajo otra denominación y las circunstancias de hecho necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen con el fin de definirlo. (Casación, XLIX, Nros. 1955 y 1956, abril 9 de 1940). . 229, 2ª

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

— 161 —

Véase: Demanda y su interpretación. (Casación del 22 de agosto de 1940, G. J., tomo XLIX, número 1959, página 846, 1ª).

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

— 162 —

En ocasiones puede y aun debe el juzgador interpretar la demanda para evitar que el derecho sea sacrificado a la fórmula; pero en esa senda no le es dado llegar a cambiar las bases señaladas a la litis por el libelo y a trocar el litigio efectivo en otro imaginario. Cuando ocurren dudas sobre la demanda, acerca de lo cual suele haber controversia en las instancias y con más frecuencia en la casación, ello da lugar al consiguiente cargo de error y, con fundamento en él o por esta vía, al de violación de tales o cuales disposiciones sustantivas que en casación deben indicarse como manda el artículo 531 del C. J. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 3 de 1940). 514, 1

J

JUBILACION DE EMPLEADOS FERROVIARIOS

— 163 —

El artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 está modificado por el 1º de la Ley 206 de 1938, en cuanto suprimió el anterior requisito de la edad del agraciado. Aun cuando esta última ley sea posterior a la iniciación de un pleito para la jubilación de un empleado ferroviario, debe aplicarse por tratarse de la consagración de un derecho de carácter social en nuestra legislación positiva, y tales derechos, como los de naturaleza penal, tienen siempre preferente aplicación —siendo favorables o permisivos— por ser de orden público y estar íntimamente vinculados a la organización social del país.

El artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 cobija a todo empleado u obrero que haya servido a una empresa ferroviaria, y no simplemente a los que estén sirviendo al cumplir los 55 años de vida y 20 de servicios continuos o discontinuos. Esta interpretación del texto legal está de acuerdo con el artículo 6º del Decreto Ejecutivo número 1471 de 1932, reglamentario de esa ley.

Nuestra legislación social no es gremial sino de clase. Por tanto, no se necesita probar el ejercicio actual del empleo en una empresa ferroviaria para tener derecho a la jubilación, sino el haber servido en la empresa durante veinte años continuos o discontinuos. Si no se aceptara esta interpretación quedarían sin la debida protección y amparo todos los empleados u obreros que fueran retirados, maliciosamente o no, antes de

cumplir la edad requerida por la ley, agotados por el trabajo. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 16 de 1940). .....

JUECES DE TIERRAS

— 164 —

El Decreto número 588 de 1937, fue dictado en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 200 de 1936 y ese decreto dividió el territorio nacional en "circuitos judiciales de tierras", con lo cual se determinó el carácter y categoría legales de los Jueces de Tierras como Jueces de Circuito.

Aun cuando el Código de Procedimiento Penal no atribuye de modo expreso a determinadas autoridades el juzgamiento de los Jueces de Tierras, como el artículo 158 de la Constitución dice que "la responsabilidad de los jueces inferiores se hará efectiva ante el respectivo superior", la entidad competente para juzgar a los Jueces de Tierras es el respectivo Tribunal de Distrito Judicial por ser "el respectivo superior" de que habla la Carta, puesto que conoce y falla en segunda instancia los asuntos de que conoce en primera el Juez de Tierras. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, número 1959, agosto 12 de 1940). ..... Páginas 873, 2ª y 874, 1ª y 2ª

JUECES DE TIERRAS

— 165 —

Ni en el Código de Procedimiento Penal ni en la Ley 200 de 1936 se atribuye a la Corte ni a los Tribunales la facultad de juzgar a los Jueces de Tierras, con la circunstancia de que el citado Código eliminó los llamados juicios de responsabilidad. Por consiguiente, es aplicable el artículo 17 del Código aludido, según el cual (numeral 12) a los Jueces de Circuito compete "la primera instancia en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuído a otras autoridades"; y según el artículo 44 (numeral 3º), ibídem, en el juzgamiento de los Jueces de Tierras toca conocer a los Tribunales Superiores por vía de apelación o de consulta. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1957 y 1958, febrero 16 de 1940). .. Páginas 30 y sgtes. 642, 1ª

JUICIOS DE CUENTAS

— 166 —

Véase: Cuentas.

JUICIO MILITAR

— 167 —

El ordinal 5º del artículo 44 de la Ley 94 de 1938 debe considerarse incorporado en el Código Militar, lo que vale decir que a los Tribunales Superiores les corresponde el conocimiento de las apelaciones y consultas en causas militares. El hecho de que se modifique por una nueva ley la jurisdicción ordinaria para el conocimiento en segunda instancia de las causas militares, en nada peca contra el artículo 170 de la Constitución, mientras en esa instancia se conserve el fuero militar y se apliquen las disposiciones penales militares, que es a lo que tal disposición se refiere. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 6 de 1940). 142, 2ª

JUICIO MILITAR

— 168 —

El ordinal 5º del artículo 44 de la Ley 94 de 1938 debe considerarse incorporado en el Código Militar. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1953 y 1954, noviembre 23 de 1939). 137, 2ª

JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

— 169 —

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia sola-

mente conoce de los juicios seguidos por jurisdicción coactiva y de sus respectivos incidentes cuando la cuantía es de quinientos pesos o más. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 20 de 1940). . . . . .

JURISDICCION

— 170 —

En materia de jurisdicción ella tiene que aparecer determinada en forma precisa en la ley, sin que sea aceptable asignarla por analogía. (Casación. XLIX, números 1957 y 1958, febrero 16 de 1940). . . . . .

JURISDICCION COACTIVA

— 171 —

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia solamente conoce de los juicios seguidos por jurisdicción coactiva y de sus respectivos incidentes cuando la cuantía es de quinientos pesos o más. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 20 de 1940). . . . . .

JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

— 172 —

El artículo 93 de la Ley 130 de 1913 se explica, porque los tribunales administrativos ejercen también funciones judiciales, desde luego que su misión consisté en una revisión judicial de los actos administrativos. De ahí que la jurisdicción contencioso-administrativa, según lo enseña la doctrina, constituye esencialmente una rama de la jurisdicción, del mismo rango de la jurisdicción civil o penal. De manera que sus decisiones son acreedoras al respeto que se tributa a las de los jueces civiles o penales. La cosa juzgada en la jurisdicción administrativa obedece al mismo principio que la impone en las otras jurisdicciones y persigue idéntico interés de seguridad jurídica; lo que haya sido juzgado una vez no

	Páginas
debe volver a ser objeto de actuaciones procesales. Las relaciones de las partes entre sí quedan ordenadas en definitiva por la sentencia ejecutoriada, de tal manera que es imposible provocar de nuevo la discusión sobre	
657, 2º la cuestión de hecho o de derecho, porque eso iría contra la estabilidad de las relaciones jurídicas y contra la seriedad de las decisiones del órgano del poder público encargado de desatar los litigios entre los particulares o entre éstos y el Estado. En ningún orden de decisiones con autoridad de cosa juzgada ésta se quiebra para darle entrada a un nuevo pro-	
641, 2º ceso ante la consideración de mejorar la posición defensiva del reo mediante el aporte de nuevos elementos probatorios que hagan cambiar el resultado del primer fallo. Porque este motivo de orden sentimental iría a fomentar la negligencia de las partes con respecto al cumplimiento de la obligación legal y moral que sobre cada una de ellas pesa de presentarle al juez todos los elementos de convicción necesarios que estén al alcance. Esta negligencia daría base para sucesivos e indefinidos litigios que harían completamente nugatoria la	
administración de justicia.	
657, 2º No hay recurso de revisión por parte de la justicia ordinaria respecto de sentencias pronunciadas por los tribunales contencioso-administrativos. El artículo 93 del Código Contencioso veda expresamente a los tribunales ordinarios revisar los fallos de aquellos tribunales. La doctrina de la Corte no va más allá de negarle a la justicia ordinaria facultad para sentenciar sobre lo que haya sido ya juzgado por los tribunales de lo contencioso-administrativo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 24 de 1940).	744, 2ª y 745, 1ª

JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y JURISDICCION ORDINARIA

— 173 —

Acusados como ilegales ante el Consejo de Estado los Decretos 1606 y

Páginas

1717 de 1937, lo fueron también, como contrarios a la Constitución, ante la Corte. En ambas demandas se afirmaba que los decretos excedían los límites trazados al Ejecutivo por la ley reglamentaria. Dijo la Corte:

"Se atacaron de nulidad por ilegales ante el Consejo los artículos 1 a 4, 6, 9, 16 y 23 a 25 del Decreto 1606 y 1º y 4º del Decreto 1717. Ante la Corte se atacan por inconstitucionales estos mismos artículos 1º a 4º del Decreto 1717 y los artículos 8, 9 a 11, 13, 14, 16, 17 y 23 a 25 del Decreto 1060. El Consejo anuló los artículos 6, 24 y 25 del 1060 y 2º y 3º y parágrafo del 4º del Decreto 1717. Estas disposiciones, por el hecho de estar anuladas, no pueden ser materia válidamente de una demanda de inconstitucionalidad. No fueron demandados ante el Consejo y sí están acusados ante la Corte los artículos 5, 10, 11 y 17 del Decreto número 1060; por tanto, con estas disposiciones no rezan las objeciones del señor Procurador de que ya se habló y que se estudian en seguida.

"Distingue este funcionario entre los decretos que el Organo Ejecutivo dicta para reglamentar las leyes, los cuales no se relacionan con la Constitución sino a través de las leyes reglamentarias, y aquellos que dicta sin leyes intermedias y que se vinculan con la Constitución, y, en su caso, la afectan tan directamente como las leyes mismas; y sostiene que estos últimos decretos, que pueden de suyo quebrantar la Constitución, son la materia del cargo de inconstitucionalidad de que conoce la Corte por virtud del artículo 149 citado, y que esotros no son materia posible de esta acusación, sino, en su caso, de la acción de nulidad por ilegalidad, la que se ventila ante el Consejo de Estado por mandato del artículo 78 de la Ley 130 de 1913. Agrega que a favor de esa distinción se evitaría el conflicto que puede ocurrir cuando se acuse de inconstitucionalidad un decreto en razón de excederse de los límites de la ley a cuya reglamentación se encamina, y simultáneamente o en oportunidad anterior o posterior se pida también su nulidad alegando ser ilegal por este mismo exceso. Encuentra ejemplo de tal conflicto en este caso preciso, porque al Consejo de Estado se le sometió el mismo problema sometido hoy a la Corte; y de ahí que de haberlo resuelto aquella Corporación en su sentencia citada, de que vino copia a este proceso, deriva el señor Procurador sus referidas oposición y excepción, no sin expresar además las razones que lo conducen a sostener la inconstitucionalidad de las disposiciones atacadas, a lo que él procede en los capítulos de su alegato destinados a estudiarlas en sí.

Páginas

"Hablando ante el Consejo de ilegalidad de ellas y pidiendo que por lo mismo se declararan nulas, fue como el abogado promovió aquella actuación, y hablando de inconstitucionalidad e inexequibilidad es como ha incoado la presente ante la Corte; pero, salvo el cambio de palabras, en uno y otro libelo formula unas mismas quejas y unas mismas reflexiones en lo tocante al referido cargo de exceso en el ejercicio por el Organo Ejecutivo de la potestad reglamentaria y al desconocimiento de derechos adquiridos.

"El que hoy es artículo 149 de la Codificación constitucional ha sido sin mutación alguna el mismo desde que se consignó en el Acto Legislativo número 3 de 1910. Salta a la vista releyéndolo que no contiene distinción alguna entre las leyes sobre las cuales versa la potestad y deber de la Corte Suprema de ser guardián de la Constitución, ni entre los decretos respecto de los cuales tiene misión igual. Desde ese punto de vista no le sería dado a la Corte esquivar el cumplimiento de tan sagrada obligación a favor o pretexto de una distinción entre clases de leyes o, más concretamente aún para el caso, entre clases de decretos, así sea, por ejemplo, la que sobre éstos presenta muy razonadamente el señor Procurador y a que del propio modo se refiere el Consejo de Estado en su citada sentencia. Esto indica que ante la latitud del precepto constitucional no es posible que la Corte acoja la excepción de cosa juzgada, la que,

Páginas

además, sería de suyo inaceptable, por la índole de las dos instituciones. Pero al propio tiempo, como las disposiciones escritas no pueden ser su mera letra, la que por sí sola no basta a darles vida, sino que son algo que para ésta misma y su eficiencia y hasta su mismo incumplimiento necesita la interpretación que, por decirlo así, las vincule o conecte con la realidad, la Corte Suprema no podría pasar por alto la sentencia del Consejo de Estado y proceder cual si no se hubiese dictado.

"Nuestro régimen institucional obliga a cuanto significa el artículo 52 de la Codificación citada, el que, después de decir cuáles son los Organos del Poder Público y cómo ellos son limitados y tienen funciones separadas, termina con esta proposición del más hondo sentido: 'pero colaborarán armónicamente en la realización de los fines del Estado'.

"Con todo, afortunadamente acontece que, si en lo tocante a exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en la queja sobre violación de derechos adquiridos hay igualdad entre las dos demandas, el Consejo de Estado, aunque en sus disposiciones jurídicas no puede menos de tocar ambos temas, se guardó expresamente de decidirlos, anotando con sabia prudencia que los cargos de inconstitucionalidad no son de su resorte. A que se agrega que en la actual demanda se formula el cargo de inconstitucionalidad también por otros motivos, aunque análogos a aquéllos e íntimamente relacionados con ellos, son distintos...

"Así las cosas, el conflicto de que habla el señor Procurador no se presenta en la forma plena en que él lo ve y, por tanto, puede la Corte, sin incurrir en la desarmonía contra la cual el Constituyente se previno en el transcrito artículo 52 de nuestra Carta, no incurrir tampoco en incumplimiento del artículo 149 de la misma. Pero deber suyo es advertir que si, por los detalles que acaban de apuntarse se llega aquí y ahora a esta afortunada solución, esto no significa que haya de desoírse la voz monitoria de aquel funcionario, que es también la del Consejo de Estado, las cuales advierten el peligro de que esos conflictos se presenten y cómo el prevenirlos es de señalada conveniencia". (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 12 de 1940). ..... 81, 1ª y 2ª y 32, 1ª

JURISDICCION DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

— 174 —

La Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia tiene jurisdicción para conocer de los juicios contra la Nación, no solamente cuando son iniciados por los contratantes, sino también cuando son promovidos por terceros que comprueben su interés jurídico con relación a la cosa materia del contrato. Ese interés jurídico no nace a la vida por el hecho de que el demandante gestione ante el Ministerio respectivo la declaración de que la cosa materia del contrato atacado tiene la condición de oculta. Mientras en la gestión administrativa no se logre esa declaración, el empeño en ella no tiene sino simples expectativas, que no autorizan a tenerlo como copartícipe del Estado. Esa condición sí justificaría el interés de que se ha hablado. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLIX, números 1957 y 1958, junio 25 de 1940). ..... 774, 3º y 775, 1ª

JURISDICCION Y COMPETENCIA

— 175 —

Hay un principio general según el cual las leyes sobre jurisdicción y competencia son de restricta interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desautorice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 31 de 1940)... 652, 2º

Págs.

L

LAZARETO

— 176 —

Conforme al artículo 58 de la Ley 63 de 1936 si resultaran derechos qué liquidar en favor del fisco después de la protocolización del expediente, su tasación y recaudo se practican por la vía administrativa, con anuencia de los interesados y sin perjuicio de que puedan hacerse inventarios y avalúos judiciales cuando hubiere lugar a ellos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 12 de 1940). ...

LEY

— 177 —

La ley por sí misma, sin necesidad de fórmulas ulteriores puede crear derechos personales o reales, de carácter estrictamente civil en favor de los particulares y a cargo del Estado. De manera que desde que la ley se promulgue y se haga, con el goce, efectivo el derecho, éste se radica definitivamente en cabeza del beneficiado. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 4 de 1940). 21, 2ª

LEY ACUSADA

— 178 —

Acusado el artículo 4º de la Ley 100 de 1937 como contrario a la Constitución Nacional y al derecho que había otorgado a la Academia Colombiana la Ley 11 de 1914, fue declarado inexequible. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 4 de 1940). (1). ..... 21, 1ª y sgtes.

Págs.

LEY ACUSADA

— 179 —

Fue declarado exequible el artículo 2º de la Ley 172 de 1938, por el cual se autorizó al Concejo de Cali para enajenar libremente los terrenos reputados como ejidos de ese Municipio. (Sentencia, Sala Plena, XLIX, número 1959, julio 30 de 1940). .... 801, 2ª y sgtes.

LEY ACUSADA

— 180 —

Los artículos 1º, 2º y 11 de la Ley 165 de 1938, por la cual se creó la carrera administrativa, son exequibles. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1957 y 1958, julio 15 de 1940). ..... 714, 2ª 474 y sgtes.

LEY ACUSADA

— 181 —

Son exequibles los artículos 2º y 3º del decreto número 1892 de 4 de agosto de 1936, por el cual se adiciona el número 818 del mismo año. (Sentencia de la Corte Plena, XLIX, números 1957 y 1958, junio 26 de 1940). ..... 467 y sgtes.

LOCURA

— 182 —

La locura, en su caso, no puede darse por probada con el mero dicho de testigos. (Casación, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 26 de 1940). ... 564, 2ª

M

MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—NULIDAD DE SUS NOMBRAMIENTOS

— 183 —

Véase: Nulidad de nombramientos

(1) Salvaron su voto los Magistrados Pedro A. Gómez Naranjo, Juan Mújica, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca y el Conjuez C. A. Torres Pinzón.

Páginas

de Magistrados de lo Contencioso-Administrativo. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, número 1959, junio 27 de 1940). ..... 900, 1ª y 2ª

MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

— 184 —

En ningún pasaje del nuevo Código de Procedimiento Penal se le concede a la Corte Suprema, por conducto de su Sala Penal, la facultad de juzgar privativamente o en única instancia a los Magistrados de los Tribunales del servicio contencioso-administrativo.

No está vigente, ni puede estarlo, el artículo 100 de la Ley 130 de 1913, para los hechos de que allí se habla, aún los perpetrados antes del 1º de julio de 1938 cuando se inicia o abre la investigación posteriormente a esa fecha. Tal artículo 100, que consagra la jurisdicción de la Corte para conocer de las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas por los Magistrados del ramo contencioso-administrativo, se reprodujo para los mismos Magistrados en el ordinal 5º del artículo 33, Ley 105 de 1931. Y no tienen ni pueden tener aplicación alguna esos artículos 100 de la Ley 130 de 1913 y 33 de la 105 de 1931, en los procesos iniciados a partir del día en que recibió vida jurídica, formal y materialmente, la Ley 94 de 1938, puesto que los derogó de manera implícita esta última ley y los sustituyó en la contingencia concreta estudiada por el ordinal 6º del artículo 42, en el cual no se incluyen los Magistrados de lo Contencioso-Administrativo.

Si no es la Sala Penal de la Corte Suprema la que puede conocer en única instancia o privativamente de las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas por esos Magistrados, son los Jueces de Circuito en el ramo penal los autorizados para ese conocimiento, en armonía con el artículo 47, número 1º de la Ley 94 de 1938, aun cuando padezca la "elegantia juris" al someter a un Magistrado del Tribunal Administrativo a la jurisdicción y competencia de un Juez de Circuito. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 31 de 1940). (1). .... 651, y 6 1ª y

MANDAMIENTO EJECUTIVO

— 185 —

Cuando son varios los ejecutados el mandamiento de pago debe ser notificado a todos, y no es posible, en buena técnica procesal, antes de llenar esta formalidad, elevar los autos al superior para que decida el recurso de apelación o el incidente de excepciones. En una palabra, cuando la parte ejecutada es múltiple no se puede tener por notificada a ésta mientras no se haya hecho el requerimiento de pago a todas las personas que la componen. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, número 1959, mayo 29 de 1940). 896,

MANDATO

— 186 —

El mandato, como contrato, sólo puede declararse resuelto, o sin valor ni efecto alguno, en virtud de acuerdo voluntario de las partes. Otra cosa sucede en los casos de que tratan los artículos 2191 y 2193 del C. C., conforme a los cuales el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, o el mandatario renunciarlo. En tales casos termina el mandato (ordinales 3º y 4º del artículo 2189), pero sin que se resuelva el contrato, y es claro que si la revocación o la renuncia se hacen sin motivo alguno, procedon las indemnizaciones res-

(1) Reafirmó la Corte esta doctrina en auto de fecha 13 de junio del mismo año, publicado en el mismo número de "Gaceta", páginas 654 y siguientes.

ectivas. (Casación, XLIX, números 957 y 1958, junio 22 de 1940).... Páginas 548, 2ª

MANDATO

— 187 —

En el contrato de mandato, tanto ercantil como civil, las obligaciones rincipales del mandatario se redu- en a dos: 1ª cumplir fielmente el en- argo y realizar la gestión encomen- ada, ateniéndose a las instrucciones el mandante, y 2ª rendir cuenta de u gestión, enviándola detallada y ustificada, en cuanto a la adminis- ración.

Establecida la prueba del contra- , si el mandante exige al mandata- o el pago de una suma de dinero hay probabilidad procesal o incom- tibilidad técnica en haber aspira- primero a obtener tal reintegro posteriormente la rendición de enta que debe dar el mandatario. acción de rendición de cuentas, n cuando el mandante la haya con- derado, por un error de técnica, mo una consecuencia de la de pago dineros que cobra el mandatario, una súplica que nace de una nor- a legal que la consagra como de- cho sustantivo procesal de acción, por eso tiene vida propia con in- pendencia de cualquiera otra simi- que pueda desprenderse del culo contractual. (Casación, XLIX, mero 1959, agosto 30 de 1940). . .

MANDATO

— 188 —

Dentro de nuestro sistema jurídi- como lo ha advertido varias veces a Sala, la representación no es a esencial del mandato. El manda- io puede, en ejercicio de su cargo, tratar a su propio nombre, y en e caso los efectos del contrato se culan activa y pasivamente en su sona y los terceros no se relacio- jurídicamente sino con él. (Ca- ión, XLIX, números 1953 y 1954, rzo 4 de 1940). 110, 2ª

MEDICOS Y SU RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

— 189 —

Véase: Perjuicios causados por actividades médicas.—G. J., números 1953 y 1954, sentencia del 5 de marzo de 1940, 117 y siguientes.

MEDIOS NUEVOS

— 190 —

Los medios nuevos son inadmisibles en el recurso de casación. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 19 de 1940). 832, 2ª

MEDIOS NUEVOS

— 191 —

Los medios nuevos no tienen cabida en casación, conforme a la ley. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 22 de 1940). 549, 1ª

MERITO EJECUTIVO

— 192 —

Aunque el numeral 1º del artículo 1059 del Código Judicial se refiere exclusivamente a las resoluciones sobre multas que deban ingresar al Tesoro Público, las cuales prestan mérito ejecutivo, también existe en el Código Postal y Telegráfico una disposición, que es el artículo 40, según la cual presta mérito ejecutivo la resolución que dicte la Dirección General de Correos y Telégrafos en caso de pérdida o extravío de valores recomendados o encomiendas. El mismo artículo 40 autoriza al Ministerio para dictar resoluciones sobre responsabilidad civil en lo referente al supuesto exceptivo de la pérdida o extravío de valores recomendados o encomiendas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 13 de 1940). .... 856, 2ª y 857, 1ª y 2ª 717, 1ª

MINAS

— 193 —

Las sanciones establecidas en los

artículos 118, ordinal 5º, 163 y 341 del Código de Minas en virtud de las cuales se reputan abandonadas o desiertas las minas por las cuales no se paga el respectivo impuesto, no pueden interpretarse de una manera simplista y absoluta, por cuanto las situaciones de derecho que se confrontan ante ellas son varias y múltiples, y, por tanto, no puede entenderse que no existe sino una sola norma o medida, aplicable, sin ninguna distinción, a todas esas situaciones. El abandono de que habla el artículo 118 es remediable, según el 163. También rige sobre el particular el artículo 3º de la Ley 95 de 1909, sobre aseguro permanente de la propiedad de las minas. Para que se pudiera verificar el fenómeno jurídico de la redención de las minas era necesario que se hubieran pagado los impuestos respectivos hasta el día de la redención; de modo, pues, que sin ese requisito esencial y básico dicho fenómeno no podía producirse. Mas si esto es así, no por eso puede concluírse que hecho el pago para la redención de una mina y debiéndose al hacerlo algunos impuestos atrasados o existiendo deficiencia en el pago de éstos, la mina cae en el estado legal de abandono. Semejante conclusión, inequitativa e injurídica, confundiría el no éxito de la redención con el abandono de las minas. En efecto, el pago del impuesto es lo único que se necesitaba ante el Código de Minas para conservar el derecho a una mina que se hubiese adquirido legalmente y de la cual se tenía el título correspondiente, y esta garantía es tan eficaz respecto de las minas cuyos títulos se han obtenido o revalidado conforme a la ley, que nunca podrán perderse en virtud de denuncios hechos por un tercero, sin conocimiento y citación personal del dueño respectivo, o de algún representante legal o legítimo suyo, según el artículo 164 de ese Código; luego si quien intenta redimir una mina, es decir, exonerarse de pagar el impuesto anual, haciendo un pago anticipado y duplicado de lo que corresponde en veinte años, no puede obtener ese resultado por una deficiencia o mala liquidación en el pago de los impuestos anteriores a la redención, eso no quiere decir que haya abandonado la mina, por falta de pago, pues el mismo hecho de éste, que es una cosa objetiva y real y que debe producir algún efecto, está demostrando lo contrario. Quiere decir entonces que quien hizo el pago de las veinte anualidades no consiguió el fin que se proponía, pero no se puede concluír que, por no haberlo conseguido, la mina cayó en abandono, porque el pago que hizo la ampara y debe imputarse parte a cubrir los impuestos a la sazón pendientes y el resto a pagar anualidades futuras, puesto que el artículo 44 de la Ley 292 de 1875 autoriza el pago anticipado del impuesto y cuando esto se verifica no podrá considerarse ante él como abandonada la mina durante los años por los cuales se haya hecho ese pago.

Del examen atento del C. de Minas se concluye que cuando se denuncia el exceso de una mina y se surten todas las diligencias prevenidas en los artículos citados y en virtud de ellas se adjudica ese exceso al denunciante, tal fenómeno equivale a la denuncia y adjudicación de una nueva mina, que se ha desprendido legalmente de la anterior, adjudicada en exceso. Esa nueva mina está sujeta a los impuestos desde la denuncia del exceso para adelante y no sigue la suerte de la porción restante de la que se ha desprendido. Si ésta (la primitiva) ha caído en abandono legal, ese abandono no compromete al exceso adjudicado, ni hace ineficaz el título expedido más tarde sobre este exceso, por la razón de que constituye una nueva mina.

La cuestión de si la redención debe comprender un lapso de veinte o de veintiún años se sitúa en el siguiente terreno: si al hacer la redención se deben uno o más años, lo que se paga por este concepto se aplica en primer término al pago de los impuestos debidos o atrasados y el resto a los impuestos futuros, es decir, se aplica el principio de derecho civil sobre imputación de pago, primero a intereses y lo que sobre a capital salvo estipulación en contrario; luego si

uien va a redimir una mina y paga
s veinte anualidades, está debien-
algunas atrasadas, no la redime
efecto, pero no la abandona, pues-
que el remanente, después de des-
ntar lo que se debe por impuestos
rasados, se aplica a los impuestos
turos; de la misma manera quien
a pagar un crédito y consigna el
incipal que crée del caso, pero debe
tereses, no cancela totalmente el
édito, aunque esa haya sido su in-
nción, sino que en realidad, impu-
ándose en primer término su pago a
tereses, el resto le queda abonado
capital, o sea, que su deseo o in-
nción de cancelar no pudo realizar-
totalmente, por la imputación que
ubo que hacer, lo cual no quiere de-
ir que no haya verificado un pago
fectivo, que no podría desconocér-
ele sin producir el fenómeno de un
nriquecimiento sin causa. (Casa-
ión, XLIX, números 1955 y 1956,
bril 27 de 1940). . . . . Páginas

MINAS

— 194 —

Las sentencias de segunda instan-
ia en los juicios posesorios de mi-
as tienen el carácter de interlocu-
orias y pueden ser revocadas por el
ismo Juez que las dictó.

Aunque el Estado tiene el derecho
e determinar, por medio de sus
gentes, las minas que pertenecen a
; reserva y hacer cesar la ocupación
e ellas, eso es cuando se trata de
ocupaciones violentas o clandestinas,
in títulos de ninguna clase, pero no
uando hay derechos adquiridos que
espetar, porque existen titulaciones
manadas del Estado. Si éstas adole-
en de irregularidades o son suscep-
bles de variadas interpretaciones,
o pueden quedar sometidas a la ca-
ficación arbitraria de las autorida-
es administrativas, sin cumplir los
rocedimientos señalados para diri-
ir las controversias.

El propósito de la ley sobre pose-
ión de minas es mantener el statu
uo, mientras no lo cambie la com-
etente decisión judicial. (Sentencia,
ala de Negocios Generales, XLIX,

Páginas

números 1955 y 1956, marzo 7 de 1940). . . . . 354, 2ª y sgtes

MINAS

— 195 —

En el Código de Minas existen dos clases de juicios de deslinde: la primera como consecuencia de la oposición a la entrega de una mina; la segunda por acción directa, cuando la línea divisoria entre dos minas es dudosa. (artículo 404). En estos juicios que son atributivos y no declarativos de la propiedad, como lo ha dicho la Corte en varios fallos, entre otros los de 21 de junio de 1933 y 22 de junio de 1940, se discute una línea divisoria y ésta es la esencia y naturaleza de tales juicios, pero para que esta discusión sea eficaz y operante, es necesario, como en toda clase de juicios, que quien entabla la acción tenga la personería y ésta, en los juicios de deslinde, no es otra cosa sino el derecho de dominio o algún otro derecho real sobre la cosa cuya delimitación se solicita. Además, los juicios de deslinde sobre minas tienen una característica especial, la cual es la establecida por el artículo 412 del Código del ramo, según el cual se presume que la línea divisoria de dos minas es la que se fija en la diligencia de deslinde que se practica en el juicio especial que se haya surtido, y tal línea no puede variarse por la sentencia que se dicte en el juicio ordinario, sino cuando una de las partes justifique plenamente que dicha línea debe pasar por ciertos puntos determinados, diferentes de los que se señalaron en la diligencia de deslinde motivada por el juicio especial

290 y sgtes.

De lo anterior se concluye que el debate y la sentencia en el juicio ordinario originado en el de deslinde, se circunscriben a la demostración sobre que la línea fijada en el juicio especial debe pasar por puntos diferentes de los señalados, y esa demostración debe ser plena puesto que es preciso desvirtuar la presunción de que trata el expresado artículo 412.

Páginas

La configuración limitada de la acción ordinaria sobre deslinde, depende de la naturaleza misma de esta clase de juicios, de la restricción a que se refiere el artículo 412 y de que los demás derechos sobre las minas tienen para su efectividad reglamentaciones amplias y expeditas, como las consagradas en el artículo 22 del Código Minero. Puede concluírse que el juicio ordinario sobre deslinde está caracterizado por una especialidad, en cuanto la litis y la sentencia están circunscritas a la justificación plena sobre si la línea fijada en el juicio especial debe pasar por otros puntos, al paso que dentro de los llamados propiamente juicios ordinarios sobre minas caben la discusión y el fallo sobre todas las cuestiones atañederas a posesión, propiedad u otros derechos reales y mejor derecho sobre las minas. Resulta entonces que en juicios tales sólo puede discutirse si la línea o líneas fijadas en la diligencia del juicio especial de deslinde deben permanecer o no, y la sentencia no puede recaer sino sobre ese extremo. Por lo mismo, la impugnación en casación, a la sentencia, está también circunscrita a ese punto.

La acción de cerramiento compete también a los comuneros, cuya gestión aprovecha a la comunidad; además, el principio contenido en el artículo 285 del C. de Minas da esa acción a los comuneros. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 8 de 1940). . . ..

MINAS

— 196 —

La norma del artículo 286 del Código de Minas sólo se aplica cuando ya se ha dado la posesión de una mina y se ha otorgado el título correspondiente, puesto que el pago del mal llamado impuesto de estaca sólo comienza en el año de la posesión. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 23 de 1940). .....

Páginas

MINAS

— 197 —

No existe precepto legal que exija que al pie de cada constancia en particular sobre pago del impuesto de minas ponga su firma el funcionario recaudador. Si en la certificación expedida por la administración de hacienda respectiva se deja comprobado que los libros de constancias de pagos se empastaron y si al final de la encuadernación existe la firma original y auténtica del funcionario de hacienda recaudador, a falta de una exigencia especial de la ley esa diligencia es suficiente para garantizar la autenticidad de todas las constancias de pagos sentadas en aquellos libros. Sobre el particular ha dicho la Corte que las certificaciones de los empleados de hacienda, que se refieran al libro de que trata el artículo 167 del Código de Minas, hacen plena prueba del impuesto y no hay disposición que obligue a firmar cada una de esas constancias al empleado respectivo. La Corte ha sostenido que tratándose de pagos que se hacen en una oficina pública de recaudación la prueba principal es el recibo firmado por el funcionario o empleado respectivo, pero eso no quiere decir que no tenga ninguna eficacia para demostrar ese pago la constancia de que habla el artículo 168.

El título minero tiene por objeto radicar en cabeza del titular o de sus causahabientes el privilegio de la explotación del mineral, siempre que haya adquirido y conservado la posesión regular de la veta, dentro de las normas legales. De ahí que los títulos mineros expedidos por el poder administrativo dentro de esas normas conserven su completa validez y únicamente son nulos y producen la reversión de la mina al patrimonio nacional cuando ocurre alguna de las circunstancias taxativamente señaladas en el artículo 94 del Código Minero. Fuera de tales circunstancias conserva el título su validez y el titular la posesión regular, mientras satisfaga puntualmente el impuesto anual de estaca.

812, 1º y 2º

92, 2º

Las certificaciones expedidas por l artículo 635 del C. J. no pueden plicarse a títulos mineros, cuya ins-ripción en el libro de registro co-respondiente es factor suficiente ara evidenciar su existencia y para onservar su validez, siempre que se aya conservado la posesión regular e la mina mediante el lleno de las ondiciones aludidas.

Posesión regular de una mina es a que tiene el dueño de una mina itulada que paga puntualmente el mpuesto establecido en el capítulo I del Código de Minas. Tal posesión e adquiere por la expedición del tí-ulo y se conserva por el pago del mpuesto, en forma tal que esa po-esión regular se pierde por el hecho le dejarse de pagar puntualmente el mpuesto respectivo. (Artículos 291, 308 y 309 del C. de M.).

La antigua tarifa señalada por el artículo 143 del C. de M. fue refor-nada de manera expresa por el 8º de la Ley 80 de 1903, que vino pre-cisamente a establecer nuevos im-puestos para la conservación de la posesión regular de minas de oro, plata y platino. Ese estatuto vino a ncorporarse en nuestra legislación minera y a constituír la norma legal sobre la materia impositiva, aplica-ble desde su vigencia a todos los ca-sos en que debía apreciarse esa cir-cunstancia como elemento constitu-tivo del fenómeno de la posesión re-gular de las minas.

Conforme al artículo 23 de la Ley 92 de 1875 el pago del impuesto de estaca debía hacerse antes de termi-nar el año común en que se hubiera verificado el acto de la posesión. Al titular que se presentara a pagar los veinte años de la redención antes de vencerse aquél en que recibiera la posesión, no le era aplicable la san-ción que establecía el artículo 45, consistente en no dejar realizar el fe-nómeno de asegurar permanentemen-te la propiedad de la mina, si acaso no hubiera pagado el impuesto esta-blecido. (Casación, XLIX, número 959, agosto 20 de 1940). ..... 837, 2º y sgtes.

Páginas

MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO Y CAMBIO EXTERIOR

— 198 —

Véase: CAMBIO Y MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO. (Sentencia del 5 de abril de 1940) ..

MUJER CASADA

— 193 —

La mujer casada no puede en todos los casos y arbitrariamente pedir que se decrete o declare que los actos contractuales ejecutados por el marido en relación con la sociedad adolecen de nulidad. Cuando una persona pretenda demandar en estas condiciones tal situación jurídica, ha de demostrar, a más de su estado civil, su personería o interés jurídico actual que la acompañe, sencillamente porque el ejercicio del derecho para tal realización no puede ser eventual, sino todo lo contrario, precisamente actual tal como se exige para terceros extraños al contrato. La ley 28 de 1932 le dio a la mujer casada plena capacidad civil para contratar y obligarse; y a consecuencia de esta capacidad quedó para el porvenir investida de personería legal y suficiente para ejercitar acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social existente en 1º de enero de 1933, día de la vigencia de la ley, de los bienes sociales de que el marido dispuso después de esa fecha mediante contratos con terceros y que la mujer quisiera impugnar mediante acción legal, por razón de vicios creados de manera ilegítima y que generen invalidez o inexistencia. (Casación, XLIX, Nº 1959, agosto 22 de 1940) 847, 1ª

N

NEGATIVA DE CARACTER INDEFINIDO

— 200 —

La aseveración de que una perso-

Páginas

na no ha cumplido un contrato envuelve una negativa de carácter indefinido y, en ese caso, corresponde al que la hace decir cuáles obligaciones del contrato dejó de cumplir y la parte de quien tal cosa se ha aseverado. (Casación, XLIX, Nos. 1957 y 1958, junio 22 de 1940).....

NOTIFICACION DEL AUTO EJECUTIVO

— 201 —

Es de suyo tan importante la notificación del mandamiento de pago al deudor, que el artículo 981 del Código Judicial la establece como el principio mismo del juicio ejecutivo. De tal manera que la inobservancia de dicho requisito constituye un obstáculo que se opone a la prosperidad de los incidentes de excepciones o de las apelaciones que se interpongan contra aquel auto. Y esto es muy explicable si se tiene en cuenta que antes de la referida notificación no hay juicio ejecutivo, y no existiendo dicho juicio mal se puede intentar proponer una excepción, interponer un recurso, embargar bienes, etc. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, Nos. 1957 y 1958, julio 27 de 1940) .....

NOVACION Y CESION DE CREDITOS

— 202 —

En virtud de la novación la relación jurídica antigua se extingue por el nacimiento de otra que ocupa su lugar; una obligación reemplaza a otra. No tiene dicha figura en el derecho moderno, el interés práctico que ofrecía en el primitivo derecho romano, debido al principio de la intrasmisibilidad e inmutabilidad de la relación jurídica obligatoria y, por eso, en el derecho antiguo, la modificación de esa relación llevaba a extinguir la primitiva y a crear otra. En el derecho moderno se permite a las partes cambiar los términos de una relación jurídica y particularmente trasmitirla activa o pasivamente. La cesión de créditos ha restado mucho de su importancia e interés a la novación y por eso observan los autores que este medio extintivo tiende a desmembrarse o disolverse en provecho de figuras o instituciones vecinas, como la cesión
550, 1º de créditos, la cesión de la obligación y la dación en pago. Esta desmembración ha dado como resultante que en algunos códigos modernos, como el alemán, la novación no exista y que el código suizo de las obligaciones no le consagre sino dos artículos.

En la novación son necesarias tres condiciones: animus novandi (art. 1693, C. C.); la nueva obligación debe diferenciarse de la antigua en cierta medida, en una cuestión que atañe a la obligación en sí misma considerada, y no a meras modalidades, como la simple mutación de lugar para el pago o la ampliación o reducción del plazo (arts. 1707, 1708 y 1709, ibídem); finalmente, capacidad de las partes.

La novedad de la obligación puede referirse al cambio de acreedor, al de deudor, al del objeto de la obligación y, por lo tanto, a variación de la causa. Mas la simple **mutatio creditoris** no entraña novación; para que ésta se verifique son necesarias
771, dos condiciones: primera, consenti-
1º y 2º miento del deudor; segunda, extinción clara de la obligación antigua que queda sustituída por la nueva, y en la cual el titular es nuevo acreedor; de ahí que el artículo 1690 del Código Civil enseñe, en su numeral 2º, que la novación se verifica contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor. Y ésta es la diferencia esencial con la cesión de crédito no aceptada por el derecho romano en sus comienzos y elevada a institución jurídica en el derecho moderno, basada en que siendo un crédito un bien que entra dentro del patrimonio, puede trasmitirse y enajenarse como cualquier otro elemento o factor objeto del derecho, porque la obligación aparece como un valor, un bien, como cualquier otro, cuya trasmisión es realizable por procedimien-

tos directos y en la forma adecuada. De ahí no sólo la creación y reconocimiento de este medio de trasmisión, sino su reglamentación, de la cual se ocupa el título 25 del libro 4º de nuestro Código Civil. Constituye esta figura una convención que sustituye un nuevo acreedor al antiguo sin extinguir la relación obligatoria primitiva, y en que sólo un elemento subjetivo es variado, pero dejando intacta la primera obligación con todas sus condiciones, modalidades y garantías (Artículo 1964 del C. C.), convención en la que no es esencial el consentimiento ni la intervención del deudor porque para sus relaciones con el nuevo acreedor basta la notificación de la cesión (artículo 1960, ibid.), lo que no pasa cuando se verifica la novación por el cambio del primitivo acreedor por cuanto en este caso, surgiendo una nueva obligación, que reemplaza a la antigua, es precisa la intervención, en la nueva convención, del deudor.

La inmutabilidad de la obligación, que va acompañada con todas sus garantías, salvo estipulación expresa en contrario, aun cuando haya cambio del primitivo acreedor, es la base y fundamento de las múltiples transacciones y operaciones sobre endoso y traspaso de letras de cambio y demás instrumentos negociables. Quien traspasa, pues, un crédito proveniente de una obligación civil o comercial, lo hace con todas las garantías anexas a aquéllas y responde siempre de la existencia de la obligación cedida. (Art. 1965, ibid.).

La causa puede variar cuando se verifica la novación, mas no varía nunca cuando se verifica la cesión de un crédito y, esto porque en la primera hay sustitución de obligación y en la segunda la obligación primitiva queda inmutable; por eso en la primera, salvo estipulación en contrario, desaparecen las garantías anexas a la obligación y en la segunda, estas garantías permanecen.

En la cesión de un crédito no es sólo la trasferencia a título singular en el derecho del acreedor primitivo lo que adquiere el cesionario, sino también queda favorecido por la naturaleza del instrumento en que conste la obligación, de modo que si el cedente traspasa un título ejecutivo, ese mismo título es el del cesionario y por eso la cesión se verifica por la entrega del título. (Art. 33 de la ley 57 de 1887).

Finalmente, la doctrina de los expositores franceses contemporáneos sostiene la trasferencia de las deudas, del factor pasivo de las obligaciones, sin que se requiera una novación, pues aseveran que, así como la simple **mutatio creditoris** no entraña novación por sí sola, lo cual se verifica en la cesión de créditos, la simple **mutatio debitoris** debe seguir lógicamente la misma regla. El código colombiano, como el francés, guardan silencio sobre el particular, pero apuntan aquellos doctrinantes que no sería difícil llegar por jurisprudencia a ese resultado, máxime si se considera que un tercero puede pagar por el deudor aun sin el consentimiento de éste. (Casación, XLIX, Nos. 1957 y 1958, mayo 31 de 1940). Páginas 498, 1ª y 88.

NULIDAD

— 203 —

El haberse abstenido uno de los Magistrados de poner su nombre completo, limitándose a la inicial de éste, es una irregularidad ante el art. 349 del C. J., pero que no constituye nulidad. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, diciembre 5 de 1939) ..... Páginas 45, 2ª

NULIDAD

— 204 —

Cuando existe un vicio de nulidad en el proceso no puede ser alegado legítimamente dentro del juicio o como motivo de casación sino por la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, que es la única en quien reside el interés jurídico que da derecho para pedir y obtener la reposición de lo actuado. (Casación, XLIX, Nos. 1953 y 1954, marzo 4 de 1940) ..... Páginas 111, 2ª

Páginas

NULIDAD

— 205 —

El juicio a que den lugar las relaciones del contrato de trabajo, que se tramite conforme al procedimiento ordinario, es nulo, pues la ley quiere que esas controversias sean brevísimas. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 31 de 1940). (1) . .

NULIDAD

— 206 —

Genera nulidad de lo actuado en un juicio ejecutivo la presentación, por parte que no es legítima, de un título que tampoco trae aparejada ejecución conforme a la ley. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 5 de 1940).

NULIDAD ABSOLUTA Y ACCION PAULIANA

— 207 —

La acción de nulidad absoluta, fundada en un concepto de orden público, va encaminada a destruír el acto jurídico, por ilicitud de la causa o del objeto o por la omisión de ciertos requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos. El Ministerio Público puede pedir esa declaración en interés de la moral y de la ley y en este caso es necesario que la nulidad esté manifiesta en el contrato y que las partes disputen sobre las prestaciones emanadas del pacto. Los contratos afectados de nulidad son, por lo general, serios, y las partes tienen en ellos voluntad de obligarse. Esta la causa y el objeto, pero uno de estos elementos puede ser ilícito, o no siéndolo puede faltarle al contrato alguna formalidad esencial para su validez en consideración a su naturaleza, o tratarse de incapacidad absoluta.

El ejercicio de la acción pauliana no es en realidad el ejercicio de una acción de nulidad, aunque el Código Civil así la califique. Técnicamente es una acción de inoponibilidad del contrato serio contra el derecho de
510, 1ª terceros que con esa acción se defienden de un perjuicio. La acción pauliana, como lo expresó la Corte en sentencia de 26 de agosto de 1938 (Gaceta Judicial, Tomo XLVII, página 63 del número 1940) no es únicamente la consagrada en el artículo 2491 del C. C., sino que está establecida en otros textos legales, como en los artículos 1401, 1451, 1295, 1636, 882 del C. C. y 162 y 163 del de Comercio, sin que esta enumeración sea taxativa. En el ejercicio de esta ac-
692, 1ª ción deben distinguirse dos clases de contratos, a título oneroso y a título gratuito, distinción consagrada en el artículo 2491 del C. C. Tratándose de los primeros dicha acción está condicionada por dos circunstancias esenciales, el eventus damni, o sea que el acto ejecutado haya causado o cauce un perjuicio a los acreedores, y el consilium fraudis, que es el entendimiento del deudor y el tercero, con el fin de defraudar a los acreedores. No interesa que ese entendimiento haya sido para celebrar un contrato serio o un acto simulado basta el consilium fraudis y por eso puede pedirse la invalidación ya de los contratos serios, ya de los simulados. En tratándose de los actos a título gratuito, basta la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. En este caso el consilium fraudis, acto bilateral, se reemplaza por un acto unilateral del deudor, que constituye el animus nocendi, por parte de éste, lo cual tiene un fundamento jurídico muy sólido, a saber: ante la obligación del deudor de pagar a sus acreedores, no le es permitido hacer actos de liberalidad que vengan a disminuír su patrimonio y a perjudicar a aquéllos. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 15 de 1940).

(1) Concordancia: en sentencia de casación del 21 de junio de 1940 reafirmó la Corte la anterior doctrina.

Páginas

NULIDAD DE NOMBRAMIENTOS DE MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

— 208 —

La revisión de los actos de corporaciones o empleados administrativos en ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, que se ejerce por el Consejo de Estado y por los Tribunales seccionales de lo Contencioso-Administrativo. Esta regla general tiene su excepción de acuerdo con el mandato del artículo 199 de la Ley 85 de 1916, que atribuye a la Corte Suprema el conocimiento sobre nulidad de la elección de Consejeros de Estado, hecha por el Congreso, y la que hacía el Consejo mencionado de Magistrados de la Corte de Cuentas. A su vez, el Consejo de Estado conoce, en virtud de la misma disposición, de la nulidad de las elecciones hechas por la Corte Suprema de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las que verifican las Cámaras legislativas para Magistrados de la Corte Suprema.

En relación con las nulidades sobre nombramientos hechos por el Consejo de Estado para Magistrados de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no existe disposición legal que autorice a la Corte Suprema para aprehender su conocimiento. Y no puede deducirse esa atribución por analogía de la que tiene la Corte para decidir en los asuntos tocantes con la elección de Consejeros de Estado, o con la que tuvo respecto de los Magistrados de la Corte de Cuentas, porque la jurisdicción debe resultar siempre de disposiciones concretas y nunca de reglas que consagren normas semejantes. La jurisdicción es expresa y no analógica. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, número 1959, junio 27 de 1940). ..... 900, 1º y 2º

NULIDAD DEL PROCESO

— 209 —

La ley no autoriza la anulación del proceso en relación con solo uno de los litigantes que componen una de las partes, bien sea la demandante o la demandada. Y ello se explica fácilmente; si se admitiese que determinada actuación es nula en lo que respecta a solo uno de los componentes de cualquiera de las partes, y válida en lo que atañe al otro u otros componentes de la misma parte, se rompería la unidad de relación procesal con evidente perjuicio del método que debe presidir la actuación y del natural engranaje que se presume en los componentes de cada grupo de contendientes. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLIX, número 1959, julio 23 de 1940). 903, 2º

NULIDADES ADJETIVAS

— 210 —

Los motivos de nulidad adjetiva en la ley de procedimiento civil han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio (artículo 448 del C. J.). Destinadas como están las nulidades de que se trata a enmendar defectos de procedimiento en la secuela de los juicios, la ley no autoriza la petición de su declaración fuera del juicio en que se haya incurrido en la irregularidad, con la sola excepción de los casos previstos en los artículos 451 y 457 del C. J. Fuera de esas circunstancias y condiciones y de las previstas en el numeral 5º del artículo 520, es improcedente la alegación de las preitadas causales de nulidad, así como alegar nulidades con fundamento en irregularidades no erigidas por la ley como determinantes de invalidación de actuaciones judiciales. Las disposiciones sobre la materia son de aplicación restricta y no admiten interpretación extensiva ni analógica.

Páginas

El hecho de abarcar en una diligencia de entrega de un terreno mayor porción o extensión que la que debía ser materia de aquélla, no constituye motivo de nulidad. Muy diferente sería la acción en ese caso, que no la de nulidad, como, por ejemplo, un interdicto posesorio o una acción de deslinde. En manera alguna una demanda de nulidad adjetiva. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 25 de 1940). ..... 554, 1ª y 2ª y 555, 1ª

NULIDADES ALEGADAS EN CASACION

— 211 —

No toda nulidad es operante en casación sino las determinadas en el numeral 6º del artículo 520 del C. J., en relación con el 448 de la misma obra. No fue un capricho del legislador el haber incluído como causales de casación esas tres nulidades, excluyendo las otras, sino que además de lo ya expresado en relación con la naturaleza del proceso (1), se inspiró en los principios fundamentales que configuran los procesos, que determinan su resolución y que son creadores de la cosa juzgada. La incompetencia de jurisdicción es causal de casación porque todo lo que atañe a ésta es de orden público y es sabido que es tan trascendental este concepto que aún como medio nuevo puede invocarse en casación. La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, cuando se produce este fenómeno, hace inocuo e ineficaz el fallo, que no puede obligar ni ligar sino a quienes son los titulares del derecho, activa o pasivamente considerado. La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, constituye en definitiva la negación de una garantía constitucional, puesto que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Es claro entonces que existiendo cualquiera de las tres nulidades anotadas, la casación del fallo se impone, para resguardar los principios tutelares que condicionan los procesos y, también, como la dijo lo Comisión que preparó y estudió el Código Judicial, para "subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada". (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 5 de 1940). 583, 2ª

OBJECIONES A LA PARTICION

— 212 —

El término de las objeciones tiene su oportunidad, que no es otra sino cuando se corre traslado del primer trabajo de partición, lo cual no es óbice para que, aprobado el trabajo y confirmado el fallo por el Tribunal, puedan los interesados recurrir contra él en casación, por alguna de las causales establecidas por la ley. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 5 de 1940). 583, 1ª

ORDEN PUBLICO

— 213 —

Las leyes de orden público, según el concepto de Beudant, son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspiran más en el interés general que en el de los individuos. No es cosa siempre fácil distinguir dentro de la legislación civil las normas que pertenecen al orden público y las que gobiernan intereses estrictamente privados, porque no existe antagonismo entre el interés general y el privado. Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con preferencia al fundamento y fin de cada norma para

(1) Lo referente a este punto está extractado en la doctrina titulada Recurso de Casación.

Páginas

determinar su verdadero carácter según que se dirija y destine directa e indirectamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer término la comunidad. De esta manera aparece muy calificado el carácter de orden público que corresponde a las leyes de derecho privado que rigen, por ejemplo, el estado y capacidad de las personas, base de la organización social; las que gobiernan la propiedad, especialmente la agraria, porque conforman económicante el Estado; las que adoptan medidas en resguardo y amparo de los derechos de terceros, en virtud de que todo derecho que no es el personal de las partes debe confundirse para ellas con el interés general que no pueden menoscabar, y las leyes inmediatamente vinculadas a las buenas costumbres, cuyo concepto se engloba dentro del orden público.

Respecto de las leyes procedimentales, en cuanto regulan y gobiernan la organización judicial, determinan la jurisdicción y las formas propias de cada juicio, pertenecen, como lo ha dicho la Corte, al orden público y no están condicionadas, por regla general, a la voluntad de las partes; pero este principio fundamental no quiere significar que todos los trámites, formalidades y reglas establecidas por las leyes de procedimiento civil sean absolutamente inmodificables o irrenunciables por las partes militantes en los juicios, de tal manera que no les sea permitido separarse convencionalmente de la rigurosa observancia de todas las normas procesales. Correspondiendo a estas leyes, dentro de la diversidad de las actuaciones judiciales, diferentes fundamentos y fines, el criterio para determinar cuándo pertenecen al orden público ha de ser, lo mismo que en tratándose de las leyes sustantivas, el discernimiento de si están instituídas en beneficio directo e inmediato de la organización social o simplemente de un interés privado y particular. No todas las reglas y ritualidades del derecho procesal son, por consiguiente, irrenunciables en el concepto de pertenecer al orden público; las partes litigantes pueden, por ejemplo, renunciar válidamente los traslados, términos y ritualidades establecidos en beneficio propio de la parte renunciante, y pueden también subsanar, por medio de ratificación, ciertas irregularidades de procedimiento, cosa ésta que no sería posible si fuera exacto que siempre está comprometido el orden público en todas las tramitaciones judiciales de manera absoluta.

Pueden, pues, renunciarse válidamente las formalidades de que tratan los artículos 1037 y 1038 del C. J. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 27 de 1940). ..... 569, 1ª y 2ª y 570, 1ª

ORDEN PUBLICO ECONOMICO

— 214 —

Véase lo que sobre ese punto trae la sentencia del 5 de abril de 1940, G. J., números 1955 y 1956, páginas 220 y siguientes.

P

PAGO

— 215 —

La Corte ha sostenido que tratándose de pagos que se hacen en una oficina pública de Recaudación, la prueba principal es el recibo firmado por el empleado o funcionario respectivo, pero eso no quiere decir que no tenga ninguna eficacia para demostrar ese pago la constancia, para demostrar ese pago, de que habla el artículo 168 del Código de Minas. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 27 de 1940). 294, 2ª

PAPEL SELLADO

— 216 —

Las alegaciones encaminadas a demostrar que no era el caso de revalidar el papel común usado en la actuación porque el que hizo tales alegaciones sí tenía papel sellado para la misma, no son admisibles cuando se ha dejado ejecutoriar el auto en

Pág.

que se decide no oír a la parte que ha dejado de revalidar el papel común empleado a falta del sellado que le correspondía suministrar. Tales alegaciones habrían sido admisibles para reclamar el referido auto. Si se dejó ejecutoriar sin que hubiese mediado reclamación alguna, debe tenerse como una verdad procesal el no suministro de papel sellado que le correspondía a la parte ejecutada. De las consecuencias que se sigan de la ejecutoria debe culparse a sí mismo quien pudo evitarlas haciendo valer el recurso de reposición. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 12 de 1940). 713, 1º

PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION

— 217 —

Véase: Actuación. (Auto, Sala de Casación Civil, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 22 de 1940). 492, 1º

PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION

— 218 —

Véase: Actuación.

PARTICION

— 219 —

El partidor de una comunidad herencial debe conformarse, al verificar las adjudicaciones a los respectivos consignatarios, a las normas generales que para la partición de los bienes señala el título X del libro 3º del C. C., ciñéndose a esas reglas legales de equidad para la formación de los lotes de los asignatarios, distribución de los frutos percibidos y de los pendientes como lo enseñan los artículos 1394 y 1395 y siguientes del citado código, y teniendo en cuenta, para hacer las adjudicaciones, el valor que a los bienes se haya dado al verificar el inventario sucesoral. Esas reglas generales que gobiernan la actividad del partidor sufren la excepción consistente en que los copartícipes acuerden legítima y unánimemente una cosa distinta de lo que en ellas se establece, ya sea para adjudicar los bienes sin sujeción a las reglas de la ley civil sino conforme a la que ellos prefijen, o para tener como base de las adjudicaciones, no el valor dado a los bienes en los inventarios sino el que ellos voluntariamente convengan o el que resulte de la licitación de esos bienes. Siendo todos los asignatarios mayores, no hay ningún inconveniente de carácter legal para que puedan realizar en forma extrajudicial la división y distribución de los bienes hereditarios, para lo cual basta, pero les es indispensable, el acuerdo sobre la manera de llevar a cabo las operaciones de la partición. En estos asuntos de jurisdicción voluntaria el acuerdo de los interesados sobre puntos determinados que son de su exclusivo interés particular es la norma preferente, y el ministerio judicial no tiene cabida sino cuando la falta de ese acuerdo de los interesados hace necesaria la aplicación de las leyes que rigen la distribución de las herencias. Es requisito esencial para que puedan variarse las normas generales de la ley sobre particiones herenciales, que los coasignatarios acuerden o convengan legítima y unánimemente soluciones o fórmulas diferentes de las legales y determinadas. (Artículos 1391 y 1392 C. C.).

En el incidente de objeciones a la partición sólo caben reparos sobre aplicación de las normas de equidad y equivalencia que da la ley para las adjudicaciones, pero en manera alguna problemas vinculados a la validez misma de la partición, sujeta por este aspecto a las leyes que gobiernan los contratos. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, abril 5 de 1940). . . . . 489, y 2

PARTICION

— 220 —

El recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no da campo ni es medio para que los interesados propongan nue-

Páginas

Páginas

vas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal, que no es otra sino el término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el juez. Puede suceder que alguno o algunos de los interesados no objeten el primer trabajo de partición, pero que objetado por otro u otros prospere alguna objeción y entonces al acomodarse el partidor a la sentencia del Juez en su segundo trabajo, varíe o modifique la primera cuenta, variación que no acepten, por estimarla ilegal, los que no objetaron el primitivo trabajo. En este caso éstos pueden interponer muy bien el recurso de casación, y atacar el fallo aprobatorio del segundo trabajo, no por viso de objeción, sino por cuanto la nueva cuenta viole alguna o algunas de las disposiciones sustantivas que regulan la partición.

Si alguno de los interesados no objetó el primitivo trabajo, y en la segunda cuenta subsisten las adjudicaciones primitivas, modificadas en sí en cuanto a la objeción que ha prosperado, no puede atacar el fallo aprobatorio de la partición para obtener por medio de esa acusación modificación en las adjudicaciones primitivas y respecto de las cuales no propuso oportunamente ninguna objeción. Rehecho el trabajo del partidor de acuerdo con la objeción u objeciones que han prosperado, por mandato legal la nueva cuenta debe aprobarse por el Juez. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 28 de 1940). 578, 1ª

PARTICION

— 221 —

El artículo 984 del Código Judicial no exige nuevo traslado de la partición. La razón de esto es clara: el primer traslado del trabajo de partición tiene por objeto dar cabida al incidente de objeciones que no se presenta sino una sola vez respecto de la primera partición. De otra manera las objeciones a una partición podrían ser indefinidas por cuanto a cada nuevo trabajo podría proponérsele nueva objeción.

Los herederos, si son mayores de edad, pueden convenir en que la partición se haga tomando avalúos distintos de los señalados por los peritos.

Las reglas del artículo 1394 del Código Civil, en los numerales 7º y 8º, no son de un rigor absoluto sino que deben aplicarse de acuerdo con la situación de hecho en cada caso. Por eso no puede estimarse como violatoria de la ley una partición en la que habiendo varios predios aproximadamente iguales o equivalentes, sea de rigor adjudicarle una porción a cada uno de los herederos en cada uno de los predios. Existen circunstancias en que lo indicado es terminar las comunidades entre los herederos o no dejarlas subsistentes, y otras que imponen el criterio contrario. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 5 de 1940). ..... 584, 2ª y 585, 1º y 2ª

PARTICION

— 222 —

La partición de bienes en una sucesión tiene efecto declarativo entre los copartícipes y traslaticio del causante a cada uno de ellos, según los artículos 765 y 1401 del Código Civil. Si hecha una partición se reputa que cada asignatario ha sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en lo que se le adjudica y que jamás ha tenido parte en los otros bienes de la sucesión, es indudable que dicha partición deslinda los derechos mutuos de los copartícipes para que cada uno de ellos, merced a la ficción jurídica de la retroactividad, aparezca como sucesor inmediato y único del de cujus en los bienes que le fueron asignados y ocupe el lugar de éste en lo relativo a todos los derechos y obligaciones vinculados sobre los mismos bienes. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 13 de 1940). .. 820, 1º

PARTICION Y SUS GASTOS

— 223 —

Los gastos atendidos por el par-

Páginas

tidor, que son los de registro de la partición, protocolización del proceso, papel sellado para la actuación final, precisamente han de hacerse porque la ley los impone, y su cuantía será la que en su oportunidad quede señalada de acuerdo con ésta; por tanto, no cabe reparo porque se hayan previsto ni porque el cálculo pueda carecer de exactitud matemática, siendo así que ni bajan ni suben porque él haya sido por cifra menor o mayor de la que a la postre venga a ser el monto efectivo de las erogaciones aludidas. De otro lado, es de señalada conveniencia prevenirlos en la partición, entre otras razones por la muy poderosa y práctica de no exponer la completa terminación de la causa mortuoria al resultado intencionado o no de cualquiera de los dos interesados en su concurrencia al pago y el de no exponer a los interesados acuciosos a cargar, al menos de pronto, con la totalidad de una erogación en que sólo llevan parte. Además, por analogía se justifica esa inclusión con lo que para los juicios divisorios establece el artículo 1142 del Código Judicial. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 11 de 1904). 604, 1ª

PENA IMPUESTA SEGUN EL VIEJO CODIGO Y AUMENTO POR REINCIDENCIA, MAS BENIGNO, DE ACUERDO CON LA LEY PENAL NUEVA

— 224 —

El aumento de pena por motivo de reincidencia no tiene el carácter de pena accesoria. Por consiguiente, puede hacerse de acuerdo con el nuevo Código Penal, en calidad de ley más favorable al reo, aún en el caso de aplicar el viejo código como ley más benigna en cuanto a lo principal de la condenación. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, septiembre 20 de 1939). 133 2ª

PENSIONES Y RECOMPENSAS MILITARES

— 225 —

Conforme al artículo 7º de la Ley 11 de 1931 corresponde al Consejo de Estado el conocimiento de las cuestiones relativas a pensiones y recompensas militares en las cuales quedan comprendidas las de que tratan los artículos 27 y 28 de la Ley 71 de 1915, que tienen la particularidad de ser de carácter general para todos los miembros del Ejército, y son especiales en cuanto sólo se refieren a recompensas militares, que son precisamente aquellas a que alude el artículo 7º antes citado. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLI bis, número 1895 C, marzo 6 de 1935). 296, 1ª

PERJUICIOS

— 226 —

El municipio no comete culpa ni es responsable de perjuicios al ordenar la demolición de edificios que, por su estado ruinoso, son un peligro para la salud pública. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 6 de 1940). . . . . 1ª y 2ª

PERJUICIOS CAUSADOS POR ACTIVIDADES MEDICAS

— 227 —

El ejercicio de las profesiones liberales, que en la mayoría de los casos es la consecuencia de un acto jurídico, lleva anexa en su realización y ejecución la responsabilidad civil profesional; de manera que las relaciones jurídicas entre éste y su cliente no están circunscritas únicamente a un acto pasajero y fugaz, sino que trascienden a la órbita más amplia de la responsabilidad. No es el ejercicio de esas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que está condicionada por normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan, por lo tanto, el ejercicio honesto de dichas profesiones. La gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia grave hasta el estado doloso. El profesional abogado que descuida voluntariamente la defensa

Páginas

de su cliente, el profesional ingeniero que calcula el edificio sin tener en cuenta los principios sobre resistencia de materiales, el médico que ejecuta una intervención quirúrgica, científicamente contraindicada, o que fuera de los casos señalados por la ciencia hace producir un aborto con el fin, por ejemplo, de evitarle a su paciente una vergüenza social, caen dentro de la órbita de la responsabilidad, más o menos grave, y que en ciertos casos, como el que acaba de citarse últimamente, es doble, civil y penal.

La responsabilidad del médico es contractual, no sólo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero. La responsabilidad del médico no es ilimitada, no motivada por cualquier causa, sino que exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. En materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible, y en materia de gravedad de aquélla es preciso que la culpa sea grave, dándole en este caso al vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad. La responsabilidad del médico no puede derivarse sino de su ignorancia, imprudencia culpable o negligencia grave. La culpa contractual supone un contrato válido y un perjuicio resultante de la inejecución de ese contrato. Ese ejercicio, en el caso de responsabilidad médica, debe ser de cierta entidad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y causado por alguno de los factores que se han indicado.

La responsabilidad contractual parte de la base de la existencia de un contrato; la responsabilidad no contractual proviene de la ley y se manifiesta en un deber susceptible de violación y en que quien lo viola queda bajo el imperio de la legislación social vigente donde comete la falta o donde incurre en ella. Es la coacción social de donde dimana esa responsabilidad y entonces las disposiciones aplicables son las que regulan la culpa extracontractual (artículo 2341 y siguientes del Código Civil). Pero tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual el médico demandado puede impetrar a su favor como defensas, no sólo las excepciones provenientes del descuido, desobedecimiento o imprudencia de su cliente, sino también las de fuerza mayor y caso fortuito. La responsabilidad profesional médica no puede deducirse sino cuando proviene de alguno de los factores antes anotados y que sea al mismo tiempo determinante del perjuicio causado. Está, pues, condicionada esa responsabilidad en la forma circunscrita a que se ha aludido, pues de otra manera, además de hacerse imposible el ejercicio de esa profesión, asumiría el carácter de empresa de riesgo, lo cual es inadmisible desde el punto de vista legal y científico.

El médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan sino cuando haya una relación de causalidad entre su acto y el daño sufrido por el cliente, o cuando esa culpa o falta haya sido la determinante del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad, o en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquélla. Es necesario la evidencia de la culpa y del perjuicio para reducir la responsabilidad. El dictamen pericial en esos casos es indispensable. No basta en esos casos la prueba testimonial, sino la pericial, porque lo conceptual no es de la naturaleza de aquella prueba, sino de ésta, la cual requiere conocimientos científicos y es solamente suministrada por expertos. Mas no siempre que el profesional médico incurre en la culpa es necesaria la intervención de peritos para establecerla, puesto que pueden existir casos en que no se trate de un asunto de técnica médica, sino de una culpa independiente de ésta, como sería por descuido o negligencia del médico encargado de una clínica donde estuviera a su cuidado un enfermo que

Págs.

enloquecido por la fiebre se escapara y se arrojara desde una de las ventanas del edificio y se matara o se lesionara. En este caso un concepto médico no sería necesario; podrían bastar declaraciones de testigos. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 5 de 1940). ..... 117, 2ª y siguientes

PERSONERIA SUSTANTIVA

— 228 —

La capacidad de ser parte se halla regulada, no en el Código Judicial, sino en ciertas normas de derecho sustantivo; el elemento referente al presupuesto procesal de la legitimidad en la causa figura entre los requisitos previos que deben reunirse para poder obtener una decisión judicial de fondo; y en esa virtud, no puede aceptarse que constituyan medios nuevos en casación, porque los presupuestos procesales deben ser necesariamente materia de discusión en las instancias, dado que ellos vienen a ser como el andamiaje que sostiene la armazón del debate y deben quedar establecidos forzosamente por el demandante, si éste quiere obtener un fallo definitivo en el proceso. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 26 de 1940). 254, 2ª

PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA

— 229 —

Las dos clases de personería, la sustantiva y la adjetiva, tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo del derecho procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo, y la segunda mira a una cuestión rituaria como es la representación en juicio; la personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe, por tanto, ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esas circunstancias da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 22 de 1940). .. 845, 2

PETROLEOS

— 230 —

La propiedad particular del petróleo en Colombia se rige por el precepto consignado en el artículo 10 de la Ley 160 de 1936. Ya no es el título originario del Estado lo que se necesita para comprobar la propiedad del subsuelo; basta acompañar un título emanado del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o la prueba de que ese título existió. Ese título puede referirse a cualquiera de los medios que reconoce la ley civil para adquirir el dominio.

En la Ley de 11 de octubre de 1821 se reconoció una situación de hecho: la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced o composición o por compras sucesivas u otros títulos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese hecho, como una base jurídica o como un punto de partida necesario para aclarar en forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1955 y 1956, diciembre 1º de 1939). ..... 325 y sgtes.

PETROLEOS

— 231 —

Conforme al artículo 26 de la Ley 37 de 1931, en los términos en que está vigente de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, en los casos de propuestas de contratos para la exploración y explotación de petróleos que se consideren de propiedad nacional, las oposiciones que a esas propuestas se formulen en cuanto a la propiedad del petróleo ante el Ministerio respectivo y acep-

Páginas

tadas por éste, pasarán, junto con sus antecedentes, a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que esta entidad en juicio breve y sumario decida "si es fundada o no la oposición". Y según el mismo artículo, si el fallo de la Corte fuere favorable al proponente le queda al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación ante el Poder Judicial, y el mismo derecho le queda al presunto dueño del terreno que no hiciere la oposición dentro de los términos señalados en dicho artículo, pero en uno y otro caso el opositor o presunto dueño no podrán intentar demanda ordinaria después de dos años, contados desde la fecha del fallo para el primero, y para el segundo, desde el día en que venció el plazo que señala este artículo para presentar oposición.

El requisito primordial que señala el artículo 10 de la Ley 160 de 1936 para reconocer que son de propiedad privada los petróleos no es que ellos se encuentren en terrenos que hubieran sido simplemente materia de transferencias entre particulares, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sino que se encuentren en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad a esa fecha.

Por medio de la Real Cédula de 1754 se suprimió el requisito de la aprobación por el Rey de las adjudicaciones que se hicieran de tierras realengas, el cual se exigía de acuerdo con la cédula de 24 de noviembre de 1753. Por la Real Cédula de 2 de agosto de 1780 dispuso el Rey no inquietar a los poseedores de tierras realengas, que habían salido ya del dominio de la Corona Española. Tales tierras, salidas ya del dominio de la Corona, siguieron siendo de propiedad particular conforme a la Ley del 11 de octubre de 1821 que reconoció la siguiente situación de hecho: la del dominio particular de las adquiridas por merced o composición por compras sucesivas u otros títulos. Por consiguiente en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese

Páginas

hecho como base jurídica o como punto de partida necesario para aclarar en una forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. Conforme a esta tesis no sería indispensable la existencia de los títulos originales del Estado con anterioridad al año de 1821, para reconocer la calidad de propiedad privada de las tierras que hubieran salido del dominio de la Corona en virtud de títulos directamente expedidos por ella o a nombre de ella, sino que bastaría la existencia de títulos traslaticios de dominio anteriores a 1821, entre particulares.

Las Resoluciones dictadas por el Gobierno en virtud del artículo 879 del C. F. de 1873 deben tenerse como pruebas en los juicios en que se presenten. Una Resolución de éstas, tal como la de 22 de noviembre de 1880, no tuvo por objeto hacer adjudicaciones de baldíos, sino reconocer que los terrenos a que se refería no eran baldíos. Lo uno y lo otro son cosas bien diferentes. En el primer caso se pide un título de propiedad, en tanto que en el segundo lo que se hace es reconocer la existencia de un título anterior. En el primer caso se concede un derecho y en el segundo lo que se hace es reconocer la existencia de un hecho consumado.

En el artículo 10 de la Ley 160 de 1936 consagra el legislador la definición de lo que ha de entenderse por petróleo de propiedad privada. Desde luego la definición se limita a consagrar lo que ya estaba establecido en la ley y en la jurisprudencia. El artículo mencionado se funda en la reserva del petróleo a favor de la Nación, establecida por obra de la vigencia del Código Fiscal de 1873. No es indispensable para comprobar el dominio privado del petróleo ante el Poder Judicial, que se presente un título emanado del Estado, como sí lo es ante el Ministerio del Ramo. La Corte, en la amplitud que tiene para apreciar y admitir las pruebas, puede aceptar, en los juicios sumarios, cualquiera demostración que satisfaga en forma plena la existencia del artículo 10 de la Ley 160 de 1936, conducente a establecer que los terrenos salieron legalmente

Páginas

del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873. A lo que se agrega, para el reconocimiento privado del petróleo, la otra exigencia legal de que los terrenos en cuestión no hayan vuelto al Estado por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal. Para comprobar que un terreno salió definitivamente del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, no es preciso que en todo caso se traiga el título emanado del Estado ni que se compruebe la verosimilitud de su expedición. Puede el título legal no emanar del Estado y ser fuente de dominio privado del petróleo. Si falta el título emanado del Estado, puede comprobarse por otros medios el hecho fundamental, requerido por la ley, de que el terreno salió del dominio de la Nación antes de la reserva. Cualquier demostración que sea eficaz para establecer ese hecho debe admitirse como prueba.

Por el hecho mismo de que conforme al Código Fiscal que entró a regir en 1873 la Nación se reservó la propiedad de los petróleos, quedó establecida la imprescriptibilidad de ella; y si bien es cierto que hasta 1882 podían adquirirse por prescripción los terrenos baldíos, no lo es menos que esa prescripción no comprendía, no podía comprender, la propiedad de los petróleos que en ellos se encuentren o puedan encontrarse, si la prescripción se consumaba después de octubre de 1873.

Cuando un opositor comprueba que los terrenos en donde se encuentran o puedan encontrarse los petróleos de que se trata, salieron legalmente del patrimonio nacional, mediante títulos emanados del Estado antes del 28 de octubre de 1873, virtualmente queda comprobado que aquéllos petróleos son de propiedad particular, salvo que dichos terrenos hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa. No existe hasta ahora disposición legal en que se establezca que aun cuando los petróleos se encuentren en los terrenos a [illegible]e se refiere el artículo 10 de la [illegible]r 160 de 1936, dejan de ser de pro[illegible]ad privada si no se explotan dentro de cierto tiempo. Ni siquiera existe disposición especial que señale el acto o actos de dominio que con respecto a los petróleos debe ejercitar el propietario para conservar aquel dominio, esto es, para no perderlo por prescripción extintiva; y obvio es que en relación con esa propiedad no cabe aplicar las disposiciones que sobre posesión del suelo contiene el Código Civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1955 y 1956, abril 10 de 1940). . . . . 875, 2ª y siguientes

Páginas

PETROLEOS

— 232 —

En la Ley de 11 de octubre de 1821 se reconoció una situación de hecho: la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced a composición o por compras sucesivas u otros títulos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una remota, debe aceptarse ese hecho como una base jurídica o como un punto de partida necesario para aclarar en forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. Así lo hizo la Comisión del Senado, según los antecedentes de la última ley del petróleo y también el Congreso Nacional al expedir la Ley 200 de 1936, que establece en su artículo 4º que el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno podrá acreditarse, en una de estas formas:

a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado y,

c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio emanado del Estado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

Las oficinas de mensura de que habla esa ley no se crearon, según la investigación hecha por varios expositores, y en ninguna oficina se conservan registros hechos de conformidad con aquella ley, que posiblemente se quedó escrita por causa de

Páginas

as dificultades de orden fiscal que atravesaba la República en la primera época de su organización. Por consiguiente, no es posible hacer recaer hoy, después de más de un siglo de expedida dicha ley, la sanción de reincorporar al dominio de la República las tierras adquiridas por merced o composición cuyos títulos no fueron registrados en las oficinas de agrimensura, y mucho menos sobre las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, respecto de los cuales se disponía que el registro se haría practicar por el Gobierno a expensas de los propietarios." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1955 y 1956, abril 12 de 1940). (1) ..... 423, 1ª y 2ª

POLICIA SANITARIA

— 233 —

El artículo 152 del Código de Policía de Cundinamarca es de exclusiva aplicación en litigios que se susciten por el mal estado de edificaciones urbanas, cuando ellas constituyen grave peligro para sus aledañas, por su estado ruinoso o por defectos de construcción. Pero tales formalidades, de índole rígidamente policiva, no pueden ser aplicables para regular los actos de una entidad de derecho público a quien está encomendada la salvaguardia de la salud colectiva. Porque es indudable que las actividades que ejercitan las autoridades en materia de policía sanitaria hay que aceptarlas, por su propia naturaleza, como dotadas de urgencia o impuestas por la necesidad de su inmediata eficacia, lo que resulta incompatible con las trabas fijadas a los procedimientos policivos entre particulares.

El ejercicio de las funciones de policía sanitaria que compete a las autoridades municipales en guarda de la salud general no puede comprometer la responsabilidad civil de las entidades estatales, en cuanto se cumplan dentro de la órbita normal de las atribuciones legales; con mayor razón cuando el detrimento que en defensa de la salud pública se ha irrogado al patrimonio privado ha sido consecuencia necesaria de un hecho u omisión del dueño, colocado en rebeldía con disposiciones sanitarias. La autoridad, de cualquiera categoría que sea, tiene la responsabilidad y la obligación de velar por la salud de los asociados y los ciudadanos forma contra el bienestar y la salud colectiva, sometiéndose incondicionalmente a los reglamentos sanitarios. El particular que viole una regla de sanidad pública y por este motivo dé ocasión al ejercicio de una actividad oficial defensiva que le cause detrimento patrimonial, no tiene derecho a demandar ninguna indemnización contra el Estado, porque él mismo fue la causa determinante del hecho perjudicial. La acción de las autoridades, en tales casos, no puede ser fuente de responsabilidad civil, sino en cuanto se evidencie plenamente que tal actividad estatal fue abusiva y ocasionó la lesión patrimonial, sin razón o fundamento alguno que la justifique. De ahí que en tales casos es de rigor apertar la verdad judicial de tal abuso, que viene entonces a ser la fuente originaria de la responsabilidad. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 6 de 1940). ..... 63, 1ª y 2ª

(1) Véase la sentencia de la misma sala del 1º de diciembre de 1939, que estableció esa doctrina.

PORCION CONYUGAL

— 234 —

Nuestro Código Civil quiere asegurar al cónyuge sobreviviente cierto haber llamado porción conyugal y determinado, según el caso, como establece en cada uno de sus incisos el artículo 1236; y al dar a esa porción la calidad de asignación forzosa con la atención puesta en la mira inicial de asegurar la subsistencia del cónyuge, le señala el límite implicado por dicho artículo 1236 y, consecuencialmente, toma en cuenta al cónyuge supérstite lo que tenga o haya de recibir por otra fuente o concepto; de suerte que no hay lugar a porción cuando este patrimonio vale

Páginas

más o siquiera lo mismo de lo que valdría la porción ante el artículo 1236, y cuando vale menos, a título de porción lleva sólo el complemento (artículo 1234, inciso 1º). En este caso se descuenta ese patrimonio distinto (artículo 1234, inciso 2º), y lo deducido va a engrosar el acervo total líquido (artículo 1243), o la mitad legitimaria (artículo 1248). Salta a la vista que no cabe ni pensar en agregaciones cuando no hay deducciones, puesto que es lo que se toma en cuenta por ese patrimonio distinto al cónyuge sobreviviente lo que, en su caso, se agrega a dicho acervo total o a la mitad legitimaria.

Los artículos 1234 y 1237 del Código Civil se armonizan no viendo en el último sino la autorización al difunto de favorecer a su consorte con asignaciones que afectarán la cuota libre de sus bienes, la que, como libre que es, no podría darse por cerrada a una persona por la cual la ley misma vela; y, además, una regla de contabilidad que organiza la imputación así: lo que de suyo valdría la porción aun sin merced alguna, se imputa a porción conyugal, y el exceso, que es lo que a la verdad constituye merced, se imputa a la cuota libre, con lo que, de otro lado, se respeta la integridad de las otras cuotas forzosas, sean sólo la mitad legitimaria o ésta con más la cuarta de mejoras. Cuando el difunto asigna tal o cual cosa a su consorte o le reconoce los créditos de que no hay principio de prueba por escrito y, por tanto, a la luz de los artículos 1008, 1162 y 1120 del C. C. lo instituye legatario, el supérstite habrá de llevar su legado como manda el artículo 1237, si a mayor abundamiento para plena claridad ha advertido el difunto que el valor de lo legado no se tome en cuenta al computar la porción sino que se tome de la cuota libre. Precisamente el cónyuge, a más de su porción conyugal íntegra, ha de llevar su legado. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 11 de 940) . . . . . 605, 1ª y 2ª, y 606, 1ª

Páginas

POSESION

— 235 —

La posesión es un fenómeno proveniente de una situación estable y merece el respeto y la protección de la ley. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 9 de 1940). 597, 1ª

POSESION DE MINAS

— 236 —

Véase: Minas. La sentencia del 7 de marzo de 1940, G. J., números 1955 y 1956, de la Sala de Negocios Generales.

POSESION DE COMUNERO

— 237 —

Es principio reconocido por nuestra jurisprudencia el de que todo comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente para sí, sino también a nombre de sus condueños, porque tal situación de condominio crea una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y de sus efectos. Ahora bien, si la posesión es común y se ejerce por cada uno de los comuneros en nombre de la comunidad, fluye la obligada conclusión de que no se puede usucapir contra un comunero mientras no se le reconozca su derecho proindiviso; y a ninguno de ellos le es dado alegar prescripción adquisitiva, con el fin de que se declare en su favor exclusivo el dominio de la cosa común.

Bien es verdad que muchos combaten la doctrina, fundándose en que no existe en el derecho colombiano precepto legal que de manera expresa siente tal excepción al derecho de usucapir, en las relaciones entre comuneros. Empero, también puede observarse que, si en realidad no existe esa disposición especial que la consagre, la doctrina anotada se deduce, dentro de una amplia interpretación científica de nuestro sistema normativo, de numerosos textos del derecho patrio, entre los cuales pue-

den citarse los artículos 779, 943 y 2525 del C. C., los cuales estatuyen que durante la indivisión la posesión y sus efectos entrañan una especie de solidaridad entre comuneros (779); que si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos (943); y que si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras (2525).

Reconoce la Corte que puede presentarse el caso de que un comunero pueda ganar por usucapión el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo requerido por la ley con ánimo de señor y dueño exclusivo y con desconocimiento de los derechos de los otros comuneros. Al presentarse tal evento es indudable que sí puede realizarse el fenómeno de la prescripción adquisitiva, dado que el condueño poseedor se considera exclusivo propietario de la cosa poseída; pero es indudable que tal caso de excepción entraña, sobre todo, una cuestión de hecho, susceptible de ser demostrada plenamente en el proceso por medio de elementos probatorios que evidencien tal situación especial, en lo que atañe al ánimo del comunero que demanda la adquisición del dominio por usucapión. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 18 de 1940)...

POSESION MATERIAL

— 238 —

Para que exista la posesión material sobre un fundo no es necesario que se realicen actos positivos a que sólo da derecho el dominio, en cada uno de sus sectores o parcelas. Basta con que el pretendido poseedor someta la totalidad de la finca a la debida explotación económica. Así se desprende del nuevo estatuto sobre tierras, Ley 200 de 1936, que ha configurado sobre nuevas bases y elementos los fenómenos de la posesión y del dominio en el derecho colombiano. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 18 de 1940)..... 311, 2º

Páginas

POSESION REGULAR DE MINAS

— 239 —

Véase: Minas. (Casación del 22 de agosto de 1940, G. J., tomo XLIX, número 1959, páginas 837 y siguientes).

POSICIONES

— 240 —

Yerra de derecho el sentenciador que aprecia las posiciones redactadas en forma distinta de como lo ordena el artículo 612 del Código Judicial. Este artículo es de carácter sustantivo. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 14 de 1940). 524, 1ª

POTESTAD REGLAMENTARIA

— 241 —

La potestad reglamentaria tiene dos caracteres: el primero es un factor esencial de la administración pública y el segundo lo constituye su imperio general y obligatorio como desarrollo de la ley. Este doble carácter proviene no sólo de los principios generales, sino de textos expresos de la Carta Fundamental. Por eso corresponde al Presidente de la 310, 1ª y 2ª República velar por el exacto cumplimiento de las leyes, y también ejercer la potestad reglamentaria expidiendo los decretos conducentes a la debida ejecución de la ley (numerales 2º y 3º del artículo 115 de la Constitución). La potestad reglamentaria va encaminada no solamente a hacer práctica la ejecución de las leyes, sino también a desarrollar el pensamiento del legislador, en ocasiones demasiado concreto y sintético en las normas legales. Tal potestad está limitada en cuanto al ejercerla se modifique o viole la ley que se reglamenta o se invada la acción del legislador, decretando normas que sólo a éste competen y que no están comprendidas dentro del espíritu o letra de la ley que se reglamenta. (Sen-

Páginas

tencia, Sala Plena, XLIX, números 1957 y 1958, junio 26 de 1940). .... 466, 2ª y 467, 1ª

PRESCRIPCION

— 242 —

La usucapión, fenómeno trascendental, puede ser interrumpida civilmente en virtud de todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. Para que se consume la interrupción de la prescripción sólo es necesario que la demanda instaurada haya sido legalmente notificada al usucapiente demandado, que el recurrente no haya desistido expresamente de ésta o cesado en la persecución por más de tres años, o que el mismo demandado no haya obtenido sentencia absolutoria. (Artículos 2524 del C. C. y 29 de la Ley 95 de 1890).

El juicio de deslinde tiene la fuerza de causalidad necesaria para interrumpir civilmente la prescripción adquisitiva del derecho de dominio.

El inciso 4º del artículo 2524 del C. C. quiere significar, a juicio de la Corte, que la interrupción civil de la prescripción adquisitiva es un fenómeno que entraña a todas luces un beneficio personal, de carácter exclusivo, que únicamente aprovecha al interesado que interpuso el recurso judicial en su condición de pretendido dueño, y de ahí que sólo éste pueda alegarla. De lo cual no se deduce que sea de rigor e indispensable que el que ha intentado el recurso judicial interruptivo deba necesaria y fatalmente alegarla, para que produzca sus efectos. Tan importante consecuencia se produce ipso jure, por el simple hecho de instaurar con éxito en sus resultados el recurso judicial, ya que tal actitud, por sí sola, es suficiente para hacer conocer la voluntad por parte del interruptor de no abandonar el dominio u otro derecho real sobre la cosa cuya propiedad pretende el usucapiente. Lo que dice aquel precepto legal es que sólo el que ha intentado el recurso judicial puede alegar la interrupción, por ser beneficio personal; pero no podría interpretarse en forma alguna dicho precepto como que el beneficio de la interrupción deba ser necesariamente alegado, pero sí probado, para que surta sus efectos. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 22 de 1940). 539 2ª

PRESCRIPCION

— 243 —

Del artículo 2535 del Código Civil se deduce que son dos los elementos de la prescripción extintiva de las acciones y derechos: 1º el transcurso del tiempo señalado por la ley, y 2º la inacción del acreedor. El tiempo de la prescripción de la acción ejecutiva se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 18 de 1940). 726 1ª

PRINCIPIO DE COMPENSACION

— 244 —

Véase lo que sobre ese punto trae la sentencia del 5 de abril de 1940, G. J., números 1955 y 1956, páginas 220 y siguientes. Consúltese también la doctrina titulada Cambio y moneda en que debe hacerse el pago.

PRUEBA TESTIMONIAL

— 245 —

Véase: Testimonios—G. J., números 1953 y 1954, sentencia del 15 de febrero de 1940, página 99, 2ª

PRUEBAS

— 246 —

Al Tribunal sentenciador le otorga nuestro derecho procesal libertad para analizar y apreciar los elementos probatorios traídos a las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 22 de 1940). 541, 1ª

Páginas

PRUEBAS

— 247 —

La técnica del recurso de casación no se compadece con la formación de un cargo sobre mala apreciación de pruebas sin indicar las que se suponen mal apreciadas y sin indicar el error de que se acusa, el cual puede ser de derecho y, caso de serlo de hecho, ha de aparecer de un modo manifiesto en los autos, según el numeral 1º del artículo 520 del C. J. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 28 de 1940). 576, 1º

PRUEBAS

— 248 —

Para decretar en el proceso la admisión de una prueba no es necesaria su presencia material en el acto de pedirla; con esta condición sería imposible pedir copias, inspecciones oculares, etc., puesto que esos elementos, cuando se piden, tampoco obran todavía materialmente en el proceso. Basta, pues, que la prueba pedida por la sola enunciación que haga de ella el solicitante, sea de las conducentes y legales para que haya obligación de decretarla. Hecho lo cual se practica. La práctica de las pruebas es su allegamiento al proceso, de conformidad con la petición, allegamiento que en muchos casos tiene que ser, por la naturaleza de las cosas, acto posterior al auto que las decreta. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 10 de 1940). .....

PRUEBAS

— 249 —

El artículo 702 del Código Judicial es una de las disposiciones que en nuestro derecho probatorio adoptan el sistema de la persuasión racional dejando al Juez notable margen de libertad en la apreciación del valor o fuerza de la prueba. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 19 de 1940). . . ..

Páginas

PRUEBAS APRECIADAS

— 250 —

Véase: Apreciación de pruebas.

PRUEBAS APRECIADAS POR EL SENTENCIADOR DE INSTANCIA

— 251 —

No cabe casar un fallo cuando el Tribunal sentenciador haya reflexionado o raciocinado sobre un elemento probatorio meramente conjetural en tal o cual sentido, porque la Corte razone sobre esa prueba de modo distinto u opuesto. En la apreciación de las pruebas de esta categoría la ley deja al juzgador de instancia un margen de amplitud que la Corte respeta. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 29 de 1940). . . 85, 1º

PRUEBA DE HECHO NEGATIVO EN CIERTOS CASOS

Si no se trata de afirmaciones fundadas en hechos positivos, estatuye el artículo 595 del C. J. que las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que impliquen la afirmación de hechos positivos cuya existencia pueda comprobarse. Aunque la ciencia de las pruebas enseña que lo que no puede ser materia de debate judicial es el hecho indefinido, sea éste positivo o negativo, la prueba sí es posible, tanto en el campo científico como en el de la técnica probatoria, cuando la negativa no es indefinida en la extensión de su concepto, sino que, antes bien, contiene en su seno uno o varios hechos positivos, bien definidos en sus lineamientos y condicionados por circunstancias fácilmente determinables de tiempo, lugar, modo, etc. Porque en tal evento la negativa desaparece para ofrecer en el debate hechos positivos, conducentes para el ataque o la defensa, cuya existencia y verdad vienen a servir de fundamento al fallo. (Véase la sentencia de casa- 705, 1º 828, 2º

Págs.

ción de 15 de julio de 1939, G. J., Tomo XLVIII, página 400). (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 12 de 1940). 241, 2º

PUENTES

— 253 —

Conforme a la Ley de 24 de mayo de 1856 los puentes que se construyan sobre los ríos navegables no deben embarazar su libre navegación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1955 y 1956, abril 23 de 1940). ..... 348, 1º y siguientes

R

RECONOCIMIENTOS

— 254 —

Conforme al artículo 1059 del C. J. prestan mérito ejecutivo las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 2 de 1940) .. 168, 2º

RECURSO DE CASACION

— 255 —

En el recurso de casación, por su naturaleza de extraordinario, tanto en su origen como en su jurisdicción y tramitación, no cabe otro incidente que el de recusación, pues todos los otros son impertinentes dentro de su rígida secuela. En caso de que exista alguna causal de nulidad, capaz de invalidar la actuación anterior de instancia, sólo es permitido presentarla como motivo consagrado en el inciso 6º del artículo 520 del C. J., si tal nulidad viene determinada en el artículo 448 del mismo Código, para que se estudie y falle en la sentencia definitiva, calificadora del recurso. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 26 de 1940). 254, 1º

Págs.

RECURSO DE CASACION

— 256 —

Cuando la pretendida violación de la ley sustantiva se hace provenir de apreciación errónea, o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia debatida en las dos únicas instancias que concede la ley, sino a examinar si dados los hechos tales como los consideró establecidos el Tribunal, ha habido en la aplicación del derecho violación de alguna disposición legal sustantiva. Es indispensable para la procedencia de la demanda en estos casos, como lo ordena la técnica legal del recurso y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, con la cita y determinación de la prueba correspondiente que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le correspondía o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, o sea, que sobre las pruebas, o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidentemente del proceso. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 10 de 1940). 299,

RECURSO DE CASACION

— 257 —

El recurso de casación es restricto, en cuanto a la naturaleza de los juicios y, por tanto, de las sentencias respecto de las cuales puede interponerse; es restricto así mismo en cuanto a los motivos de acusación del fallo y en cuanto a las nulidades procedimentales del juicio, pues no son recibibles en el recurso sino las expresadas en el numeral 6º del artículo 520 del C. J.

En cuanto a la técnica de casación y especialmente a lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 citado, se parte de la base de que en

Páginas

na demanda de casación se enfren-
n la sentencia y la ley, y de la con-
rontación entre esos dos extremos
llega o no a la infirmación del fa-
. Por eso cuando se acusa la sen-
ncia por infracción directa, aplica-
ón indebida o interpretación erró-
ea de los textos sustantivos, deben
tarse éstos, para que así sepa el
zgador cuál es ese segundo factor,
la confrontación. Se ha llegado a
ncluír que lo esencial es la cita del
rtículo o artículos violados, aun
ando el concepto al citarlos no
incida en toda su extensión con el
ecepto indicado, y esto porque el
rincipio básico de la casación, que
el de la unificación de la juris-
udencia nacional, obliga a la Cor-
a estudiar el texto o textos que
demanda señala como violados por
sentencia, por mal interpretados,
al aplicados o dejados de aplicar
or ésta.

Cuando la acusación se funda en
preciación errónea o en falta de
preciación de determinada prueba,
necesario que al concepto, al mo-
vo, se añadan la disposición o dis-
siciones sustantivas violadas. No
asta en este caso la mera enuncia-
ón conceptual, sino que es necesa-
la cita legal pertinente, porque
acusación por el concepto marca
camino de la Corte para el estu-
o y le circunscribe el motivo pero
á inhibida para llegar hasta el fin
no encuentra el factor de confron-
ción, la cita legal, que debe hacer
recurrente para comparar enton-
s el texto sustantivo señalado co-
infringido, por algún motivo, con
fallo recurrido. Y ni aún así puede
osperar un recurso de casación si
error de hecho no aparece de modo
anifiesto en los autos, puesto que
es cualquier error cometido por el
ibunal el que lleva a la casación,
o aquel que sea patente y que haya
:erminado o sea determinante de la
lación de una disposición sustan-
a por la falta de apreciación o la
la apreciación de una prueba. Es
recurrente el que en su demanda
la pauta a la Corte para el estu-
, ya señalando los motivos, ya los
.ceptos, y por eso no puede deci-
se una casación por una causal no

Páginas

invocada ni variarse un motivo por otro, puesto que el recurso extraordinario de casación no es susceptible de esa amplitud. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 30 de 1940). 499, 2ª

RECURSO DE CASACION

— 258 —

Proferido un fallo en procedimiento distinto del señalado por la ley, no es susceptible del recurso extraordinario de casación, según doctrina constante de casación. En consecuencia, la sentencia que recaiga en un juicio tramitado como ordinario sobre cuestiones que atañen al contrato de trabajo, no es susceptible de este recurso, pues el procedimiento autorizado por la ley para tales controversias es el sumario. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958 mayo 31 de 1940). 510, 1ª

RECURSO DE CASACION

— 259 —

El recurso de casación, además de que no es pertinente sino en los juicios a que se refiere el artículo 519 del C. J., debe ser propuesto en tiempo y por persona hábil. Esta habilidad comprende dos factores: el de la personería meramente adjetiva y el que atañe al interés jurídico en quien lo interpone. Ese interés puede no existir, desaparecer o hacerse imposible en su ejercicio, y en tratándose del recurso de casación, por dos motivos: 1º porque la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente y, 2º, porque éste haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no es viable sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite.

Para que el recurso de casación pueda interponerse y sea admisible, como sucede con toda clase de recursos, es indispensable, fuera de los demás requisitos que exige la ley, que la sentencia contra la cual se interpone infiera un agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo

Páginas

mismo que la apelación, ha de entenderse legalmente interpuesta exclusivamente en lo desfavorable al recurrente. (Auto, Sala de Casación, Civil, XLIX, números 1957 y 1958, junio 14 de 1940). ..... 518, 2ª y 519, 1ª

RECURSO DE CASACION

— 260 —

La técnica del recurso de casación no se compadece con la formación de un cargo sobre mala apreciación de pruebas sin indicar las que se suponen mal apreciadas y sin indicar el error de que se acusa, el cual puede ser de derecho y, caso de serlo de hecho, ha de aparecer de un modo manifiesto en los autos, según el numeral 1º del artículo 520 del C. J. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 28 de 1940). .....

RECURSO DE CASACION

— 261 —

El recurso de casación es, por su esencia, limitado en su alcance y taxativo en sus causales; limitado en su alcance, porque no abarca y comprende sino los juicios de la naturaleza y cuantía determinados por la ley (artículo 519, C. J.); taxativo en sus causales, porque no son operantes sino las siete determinadas por el artículo 520 de ese código. Al estudiarse una demanda de casación, si la sentencia no es casada, la Corte no puede entrar a conocer de las nulidades adjetivas de que adolezca el proceso, porque en ese caso no es juez de instancia. La Corte tiene este carácter solamente cuando rompe la sentencia del Tribunal, y entonces se sustituye a éste como juzgador de segunda instancia y dicta el fallo correspondiente. Si sin romper la sentencia pudiera entrar la Corte a conocer de todas las nulidades o irregularidades de que pueda adolecer un proceso, se convertiría el recurso de casación en una tercera instancia, lo cual desvirtuaría la naturaleza de éste que está constituído por dos faces: el acto acusado, la sentencia y la ley enfrentada al fallo. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 5 de 1940). .....

Página

583, 1

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION

— 262 —

El recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no da campo ni es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal, que no es otra sino el término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el juez. Puede suceder que alguno o algunos de los interesados no objeten el primer trabajo de partición, pero que objetado por otro u otros prospere alguna objeción y entonces al acomodarse el partidor a la sentencia del Juez en su segundo trabajo, varíe o modifique la primera cuenta, variación que no aceptan, por estimarla ilegal, los que no objetaron el primitivo trabajo. En este caso éstos pueden interponer muy bien el recurso de casación y atacar el fallo aprobatorio del segundo trabajo, no por vía de objeción, sino por cuanto la nueva cuenta viole alguna o algunas de las disposiciones sustantivas que regulan la partición. 576, 1ª

Si alguno de los interesados no objetó el primitivo trabajo, y en la segunda cuenta subsisten las adjudicaciones primitivas, modificadas en sí en cuanto a la objeción que ha prosperado, no puede atacar el fallo aprobatorio de la partición para obtener por medio de esa acusación modificación en las adjudicaciones primitivas y respecto de las cuales no propuso oportunamente ninguna objeción. Rehecho el trabajo del partidor de acuerdo con la objeción u objeciones que han prosperado, por mandato legal la nueva cuenta debe aprobarse por el Juez.

No toda nulidad es materia del recurso de casación, sino únicamente las establecidas en el numeral 6º del artículo 520 del C. J. en relación con el 448 de la misma obra. (Casación,

Págs.

XLIX, números 1957 y 1958, junio 3 de 1940). 578, 1ª

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

— 263 —

No hay recurso de casación contra sentencias en que se imponga pena privativa de la libertad menor de seis años, si se trata de procesos iniciados antes de la vigencia del nuevo Código Penal. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIX, números 1953 y 1954, agosto 9 de 1939) .. 125, 2ª

REDENCION DE MINAS

— 264 —

Véase: Minas.

REGISTRO DE LA SENTENCIA

— 265 —

La falta de registro no implica nulidad de la sentencia no registrada; únicamente la inhabilita para servir de prueba en juicio, según el artículo 2676 del C. C. Pero la necesidad de la formalidad del registro la ha entendido la Corte más en referencia a terceros que a las mismas partes litigantes, porque el registro tiene por objeto darle mayor publicidad a la sentencia para prevenir en cuanto sea posible los perjuicios a derechos de terceros, y esta precaución se hace redundante en relación con la contraparte que ha tenido ocasión de conocer el fallo y de intervenir en todas las diligencias del juicio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1953 y 1954, diciembre 14 de 1939). .....

REGISTRO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

— 266 —

El objeto del registro establecido por la ley para las sentencias definitivas y ejecutoriadas recaídas en negocios civiles, que no causan traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces, no puede ser otro, de acuerdo con la disposición legal que lo determina (artículo 2636 C. C.), que el fin estrictamente probatorio de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad al fallo, haciendo intervenir en su guarda mayor número de funcionarios, precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos existiera solamente en la oficina judicial en que fueron proferidos; pero en ninguna forma se vincula esta finalidad del registro con la validez y mérito de las sentencias mismas que tienen y conservan su valor propio y su imperio independientemente del hecho o formalidad de la inscripción, destinada, como se ha recordado, a un objeto meramente conservatorio. Los efectos y consecuencias que jurídicamente corresponden a una sentencia judicial de la especie de que se trata no se condicionan con su registro, y se producen plenamente entre las partes que controvirtieron en el juicio en que fue dictada sin más requisitos que su ejecutoria en la forma legal. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 15 de 1940). ..... 102, 2ª y 103, 1ª

REINCIDENCIAS

— 267 —

Tratándose de reincidencias, no obstante aplicarse la ley antigua como más favorable al reo en cuanto a la condenación principal, en lo tocante al aumento de pena que la reincidencia comporta, debe aplicarse el nuevo Código como ley más benigna en este punto, y puesto que dicho aumento no constituye una pena accesoria. Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código hubiese suprimido el aumento de pena por reincidencia, el juzgador debería prescindir de él, aun cuando el delito del reincidente tuviera que castigarse conforme a la ley anterior. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, octubre 8 de 1939). 163, 1ª 623,

Páginas

REIVINDICACION

— 268 —

La acción reivindicatoria se origina del derecho de dominio y ocasiona un proceso en que se discute la calidad de dueño. Tiene siempre por objeto una cosa singular, esto es, individualizada, determinada y cierta, pero hay universalidades de hechos, como un rebaño o una biblioteca, que pueden reivindicarse.

Tres requisitos, por lo tanto, son necesarios para su ejercicio: a) dominio por parte del demandante; b) posesión por parte del demandado, y c) cosa singular individualizada, o derecho real, o cuota determinada de una cosa singular.

Al reivindicante compete evidenciar su derecho de dominio y debe hacerlo en forma tal que desvirtúe la presunción establecida a favor del poseedor demandado, dado que la posesión es un fenómeno proveniente de una situación estable y merece el respeto y protección de la ley.

Esta acción impone al actor la carga de probar su derecho de propiedad. Cumplidos tales requisitos, la acción reivindicatoria debe prosperar, a menos que se le opongan y triunfen excepciones perentorias, debiendo concretarse el debate a la entrega y restitución de la cosa sobre la cual versa.

Apreciándose desde un punto de vista meramente teórico el fenómeno de técnica procesal relacionado con el ejercicio de la acción reivindicatoria, pueden sentarse dos premisas iniciales, a saber: a) a quien alega dominio le es suficiente presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho; b) la presunción de dominio consagrada por el artículo 762 del C. C. desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, dado que el poseedor demandado queda, en tal caso, obligado a exhibir otro título que compruebe un ... al del actor. (Casación, XLIX, ... cho de propiedad igual o supe-

Páginas

números 1955 y 1956, mayo 18 de 1940). . . . . 308, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

— 269 —

El principio consignado en el artículo 1759 del Código Civil no va a establecer que una escritura pública debidamente registrada, cuando se tacha de nulo o simulado el contrato en ella contenido no sirve de prueba al comprador para defender su dominio ostensible contra terceros que a su vez no presenten título mejor de propiedad sobre la misma finca, entre otras razones porque en la acción reivindicatoria lo que hay que examinar primeramente no es si el demandado es dueño de la cosa, sino si lo es el demandante, sencillamente porque si el reivindicador no presenta la prueba plena del dominio que alega, al demandado le basta como defensa alegar la posesión actual de la cosa, ya que la posesión da origen a una presunción de dominio a su favor, que sólo se destruye con la prueba que presente el reivindicador.

Cuando la cosa que se intenta reivindicar no se ha podido determinar, no se puede decretar la reivindicación, la cual recae sobre cosa singular; y no se singulariza, no se determina una cosa diciendo que está comprendida dentro de otra de mayor extensión. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 30 de 1940). . . . . 862, 2ª y siguientes

REMATE

— 270 —

Las formalidades de que tratan los artículos 1037 y 1038 del Código Judicial tienen un incuestionable carácter de normas protectoras de derechos secundarios y personales de evidente naturaleza privada y, por consiguiente, son válidamente renunciables por sus beneficiarios. No se quebranta con su renuncia ninguna de las fórmulas esenciales del enjuiciamiento que pudiera afectar las bases de la jurisdicción o el derecho de

efensa amparado por las formas ropias de cada juicio, según la expresión constitucional. Por tanto, su enuncia no constituye motivo de nudad del juicio ejecutivo ni del remate así verificado. El requisito de nunciar al público la fecha del remate por medio de carteles, en los érminos y condiciones que prescriben aquellos artículos, no constituye olemnidad ninguna, nada tiene que er con la validez misma de la venta forzada que se hace por decreto udicial a petición de un acreedor en pública subasta, en la cual, según lo expresa el artículo 741 del . C., la persona cuyo dominio se ransfiere es el tradente y el juez u representante legal. En esta especie de venta la solemnidad que corresponde, tratándose de inmuebles, stá constituída y representada por l acta de la diligencia judicial del emate, equiparada legalmente a la scritura pública y sometida al registro. (Casación, XLIX, números 957 y 1958, junio 27 de 1940). ....

ENDICION DE CUENTAS DE LOS EMPLEADOS DE MANEJO

— 271 —

La ley exige la rención de cuentas l responsable del manejo de dineros jenos, sobre quien pesa la obligación respectiva, ya que por la naturaleza misma de las cosas es el único que está en capacidad de justifiar las inversiones de aquellos dineros. Por lo mismo que la obligación el fiador es accesoria, al constituírse como tal de antemano se somete las resultas del manejo del fiado en elación con las sumas que reciba o ecaude, debido a que las actividades de éste son personales, de manera que es a él a quien únicamente orresponde dar cuenta de ellas. De ahí que la ley fiscal sólo llame a rendir cuentas a los empleados responsables del manejo de dineros públicos. Excepcionalmente llama al fiador (artículo 416 del C. F.), cuando el empleado se niega, no obstante los apremios legales, a rendir la cuenta.

Páginas Páginas

Solamente en caso de muerte del responsable las notificaciones se entienden con sus herederos, albaceas o fiadores. (Artículo 390 del C. Fiscal). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 30 de 1940). 686, 2ª

RENDICION DE CUENTAS DEL MANDATARIO

— 272 —

Véase: Mandato. — (Casación del 30 de agosto de 1940, tomo XLIX, número 1959, páginas 856, 2ª y 857, 1ª y 2ª).

RENTA

— 273 —

Cuando hay una compañía no basta la simple declaración individual de la renta, sino que es indispensable, de conformidad con el artículo 570, 1ª y 2ª 6ª de la Ley 78 de 1935, tener en cuenta los negocios de la sociedad.

Es arbitrario el liquidar la renta de un individuo por medio de simples afirmaciones verbales. Al contribuyente en Colombia no puede gravársele por meras estimaciones desprovistas de fundamento racional, ni el impuesto puede deducirse arbitrariamente con prescindencia de todo elemento de juicio, porque entonces se convierte en odiosa exacción. Para evitar la vaguedad y la indeterminación, la ley normativa del impuesto sobre la renta obliga a los liquidadores a obrar sobre bases plenamente comprobadas (artículo 12, Ley 81 de 1931). Esto está indicando que no es el concepto personal del empleado, sin ningún apoyo en la realidad objetiva, el que puede servir para graduar la renta de un contribuyente y, por ende, el impuesto respectivo. El gravamen tiene que ser el resultado, no de meras presunciones, sino de una investigación seria llevada a cabo de una manera imparcial, para lo cual se cuenta en primer lugar con la declaración del contribuyente, y cuando ésta falta totalmente o cuando adolece de deficiencias u omisiones, con las informaciones ciertas

Páginas

que el liquidador obtenga en otras fuentes y de las cuales debe quedar constancia escrita para garantía del contribuyente en sus reclamos posteriores, como para resguardar la imparcialidad del Estado y, por tanto, la justicia del tributo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 20 de 1940). . . . . 737, 1ª y 2ª

RENTA DECLARADA

— 274 —

Las leyes señalan términos especiales para declarar la renta, con el fin de deducir el impuesto respectivo, y es esa declaración la base del gravamen. Si el contribuyente, en su perjuicio, presenta mal la declaración, tiempo tiene para efectuar las rectificaciones correspondientes ante los funcionarios respectivos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 29 de 1940). 678, 1ª

RENUNCIA DE DERECHOS

— 275 —

Dentro de las exigencias de los artículos 15 y 16 del Código Civil se encuentran los derechos civiles susceptibles de ser válidamente renunciados, y por sentido contrario, de ellos se deduce también los que no pueden renunciarse, esto es, los derechos conferidos por la ley no sólo en interés individual sino también en interés colectivo y social y aquellos cuya renuncia expresamente prohibe la ley.

Entre éstos que son objeto de una prohibición especial de renuncia figuran, por ejemplo, el derecho de pedir alimentos (artículo 424, C. C.); el de pedir más en razón de una cuenta aprobada en las condiciones señaladas en el artículo 1522 del C. C.; el de hacer uso de la acción de nulidad (artículo 1526 ibídem); el de hacer cesión de bienes (1673, ibídem); el derecho de pedir la nulidad de la venta de los bienes presentes y futuros (1867, ibídem); el de intentar la acción rescisoria por lesión enorme a que se refiere el artículo 1950 de la obra citada, los originados en leyes de protección social y varios otros que menciona con especialidad la ley civil a pesar de estar vinculados a intereses patrimoniales particulares. (1). (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 27 de 1940). 569, 1

REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO

— 276 —

Si se anula una resolución administrativa en virtud de la cual se exigió una suma de dinero que no se debía, la persona lesionada tiene derecho de repetir lo pagado, de conformidad con la ley civil. (Artículos 2313 y 2318 del Código Civil).

Cuando se trata de nulidad de resoluciones que ordenan el cobro ilegal del impuesto sobre la renta, declarada por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, la ley autoriza el reembolso al contribuyente de las sumas indebidamente pagadas. (Artículo 14 de la Ley 81 de 1931). (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLIX, números 1955 y 1956, septiembre 25 de 1939). 439, 2

REQUERIMIENTOS PREJUDICIALES

— 277 —

Para las solicitudes de requerimientos o actos prejudiciales que se promuevan como diligencias preparatorias de juicios de que debe conocer la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, no tiene ésta competencia, pues conforme al artículo 40 del Código Judicial sólo puede conocer de las controversias, es decir, de los juicios suscitados por contratos celebrados con la Nación. Los actos prejudiciales generalmente son de jurisdicción voluntaria, y los que entrañan controversia de jurisdicción contenciosa.

(1) Lo referente a **orden público** lo contiene la doctrina titulada: **Orden público.**

Páginas

Unos y otros siguen distintas reglas de competencia, conforme al artículo 152 del Código Judicial, lo que significa que la naturaleza de los actos prejudiciales no los lleva de por sí a la competencia del Juez que habrá de conocer del pleito. El requerimiento es a modo de una actuación notarial en que el juez carece de facultad para investigar la causa que lo origina y su fin. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 31 de 1940). .....

REQUISITOS PARA EL VALOR DE LOS ACTOS JURIDICOS

— 278 —

En conformidad con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, los requisitos necesarios en determinados casos para el valor de los actos jurídicos son de dos clases: internos o de fondo, y externos o de forma. Los externos se subdividen en formalidades esenciales para el valor y la existencia del acto, por la propia naturaleza de éste o por su gran trascendencia en las relaciones jurídicas, llamados ad solemnitatem, o en simples requisitos no esenciales, destinados a dar mayor autenticidad y fijeza al respectivo acto, con el principal objeto de facilitar su demostración y existencia, denominados ad probationem. (Casación, XLIX, Nos. 1955 y 1956, abril 12 de 1940). .....

RESOLUCION DEL CONTRATO

— 279 —

El artículo 1930 del Código Civil no es sino la aplicación al contrato de compraventa del 1546 de la obra citada, que consagra una norma general para todos los contratos bilaterales. En un principio se sostuvo que escogida por un contratante la acción resolutoria o la de cumplimiento del pacto esa escogencia tenía un carácter exhaustivo y fatal, de modo que el insuceso legal en la prosperidad de la acción excogitada hacía imposible que el contratante pudiera luégo invocar la otra. Se aplicó, pues, en todo su rigor, el principio del derecho romano, en el cual no se admitía la condición resolutoria tácita sino sólo la expresa que condicionó la figura jurídica del pacto comisorio. Mas un estudio y análisis detenido del asunto llevó más tarde a la jurisprudencia y a los expositores a una solución contraria, basada en textos expresos mejor interpretados y en razones de equidad. A partir del Código de Napoleón la condición resolutoria expresa quedó con-

772, 2º figurando el pacto comisorio, en el contrato de compraventa, y la tácita imperando como regla general en todos los pactos bilaterales. Desde Marcadé, Baudry-Lacantinerie y demás autores clásicos hasta los modernos como Colín y Capitant adhieren a esa última solución, lo mismo que el comentador Vélez, solución que consiste en sostener que si bien es cierto que no pueden ejercitarse simultáneamente las acciones resolutorias del contrato y de ejecución del mismo, o mejor, que no pueden coexistir procesalmente, sí pueden ejercitarse ambas, una después de otra, cuando ha habido insuceso legal o imposibilidad de hacer efectiva la prestación correspondiente con la acción elegida en primer término. (1)

Cuando se ejercita, pues, la acción resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea re-

240, 1º cibible aquélla, que el juicio en que se demanda el cumplimiento no esté vigente, que haya terminado por alguno de los medios legales, o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no pudo éste, en el juicio de cumplimiento, obtener la contraprestación que demandaba. En otros términos: no pueden coexistir las dos acciones ni ejercitarse simultáneamente sino una después de otra, cuando la primeramente excogitada no produjo los resultados buscados por el acreedor.

La condición resolutoria expresa

(1) Concordancia: Véase la sentencia de la Corte, de fecha 28 de mayo de 1926, G. J., Tomo XXII, página 334, en que sostiene la misma doctrina.

sigue las mismas reglas de la tácita en el ejercicio de las dos acciones consagradas por el artículo 1546 del C. C., o sea, que ejercitada la de cumplimiento del contrato y no prosperando ésta o terminado el juicio por un medio legal, puede ejercitarse la resolutoria.

En un mismo juicio pueden entablarse la acción resolutoria de un contrato y su consecuencial, o sea, la restitutoria, sin que sea necesario para ésta que previamente se haya declarado en juicio distinto la resolución. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, mayo 29 de 1940). .....

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

— 280 —

La teoría de la responsabilidad administrativa señala dos especies: la directa y sin falta y la indirecta o culposa. El Estado, por motivos de interés público, se ve muchas veces en la necesidad de sacrificar el interés privado al general de la colectividad. Esta responsabilidad directa es limitada y debe estar condicionada por las circunstancias y las razones que la determinan, para que no se convierta el progreso colectivo en fuente de indebidos proventos. Cada caso plantea una cuestión de hecho, que deberá ser analizada y calificada. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 6 de 1940). .....

RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

— 281 —

La Corte ha establecido que es inaceptable el ejercicio, dentro de una misma relación jurídica, de las dos clases de responsabilidad: la derivada de culpa contractual y la procedente de la extracontractual o aquiliana. (1). (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 31 de 1940). ..

(1) Concordancia: esta doctrina está forzada con lo que sobre el particular sentó la Corte en sentencia de casación publicada en el Nº 1943, de la Gaceta Judicial, página 454.

Páginas

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS POR DETENCION ARBITRARIA

— 282 —

Véase: Detención arbitraria.

RESPONSABILIDAD DE LOS GOBERNADORES POR INFRACCION DE LA CONSTITUCION O DE LAS LEYES

— 283 —

317, 1ª y 2ª y 318, 1ª Véase lo que sobre ese punto contiene la doctrina titulada Detención de empleados públicos. (Casación en lo criminal, XLIX, número 1959, septiembre 24 de 1940, página 880 y siguientes).

RESPONSABILIDAD MEDICA

— 284 —

Véase: Perjuicios causados por actividades médicas. G. J., números 1953 y 1954, sentencia del 5 de marzo de 1940, 117 y siguientes.

RETROVENTA

— 285 —

El pacto de retroventa no es sino una venta sujeta a condición resolutoria potestativa del vendedor, consistente en el cumplimiento del evento de restituír el dinero estipulado dentro de determinado plazo, de tal manera que si así sucediere se recobra ipso facto el dominio de lo vendido y, en caso contrario, tiene como virtualidad la consolidación en favor del comprador sin más formalidades. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 13 de 1940). 64, 1ª 821,

RIÑA QUE LLEVA AL HOMICIDIO

— 286 —

625, 2ª En repetidos fallos ha dicho la Cor-

te que cuando el veredicto del Jurado coloca el homicidio en alguna de las especies contempladas por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587 del Código Penal de 1890, queda al arbitrio del Juez decidir si debe estimarse o no tal homicidio como "de los menos graves" (inciso segundo del artículo 602, ibídem); y que si ello es del arbitrio o libre apreciación del juzgador de instancia, el hecho de que éste haya prescindido de calificar el homicidio como "de los menos graves" no es motivo de casación.

Cuando el Jurado ha dicho que el acusado "es responsable después de recibir ofensas y ser provocado a riña", la provocación a riña, expresamente reconocida por el Jurado, indica como aplicable entonces el artículo 602 del Código Penal citado. Si el veredicto se hubiese limitado a enunciar la circunstancia de las injurias solamente, en ese caso habrían quedado los juzgadores de instancia en libertad para considerar o no el homicidio como "de los menos graves" y para suavizar o no la pena, con la facultad discrecional que les da el inciso segundo del artículo 602; pero cuando se hace referencia a la riña provocada por el que murió, ya no es simplemente potestativo del Juez tener por atenuado el homicidio, sino que debe aplicarse el primer inciso del artículo 602. No haciéndose de esa manera hay indebida aplicación de la ley penal y la sentencia debe casar. No sería razonable en ese caso negarle su sentido o valor a la frase explicativa del veredicto y tampoco afirmar que el inciso primero del artículo 602 del Código Penal de 1890 no tiene aplicación cuando el que murió fue el promotor de la riña por medio de agresiones o injurias que hayan puesto al matador en el caso de provocar la riña.

La ley no hace una distinción bien clara entre lo que sea provocar y promover una riña y así, por ejemplo, el artículo 668 del Código parece considerar sinónimos esos términos. Si debe imponerse la pena atenuada del artículo 602 al que mató en riña, aún en el caso de que el homicida la haya provocado, cuando fue el que murió

Páginas

quien la provocó, "ya directamente, o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario, para que éste provoque la riña", con tanto mayor razón deberá aplicarse la pena atenuada si la riña que ocasionó el homicidio fue no sólo promovida sino también provocada por el que murió. (Casación, XLIX, número 1959, junio 12 de 1940). ..... 866. 2ª y 877, 1ª

S

SECUESTRO

— 287 —

El artículo 1021 del Código Judicial está destinado a garantizar plenamente la posesión de los terceros en el juicio ejecutivo, pero no de toda posesión, sino de la material. La legal, conferida por el registro del título de adquisición en la oficina de registro de instrumentos públicos, la salvaguardia el artículo 1009 del mismo Código, en virtud del cual el embargo de una finca raíz en un juicio ejecutivo se mantiene a condición de que claramente aparezca que la propiedad de él corresponde efectivamente al deudor ejecutado, por la certificación que al respecto expida el registrador de instrumentos públicos. De esta manera el artículo 1021 se encamina a amparar el derecho de los terceros poseedores materiales de una cosa. De ahí que el precepto estatuya que si al verificarse el secuestro de la cosa embargada el juez la encuentra en poder de tercera persona, que no la tenga a nombre del ejecutado, y que diga que le pertenece, la debe dejar en poder de quien la tiene y en calidad de secuestro; de lo ocurrido se extiende un acta, etc. De consiguiente, no basta la sola afirmación del tercero de que la cosa le pertenece. La afirmación debe estar respaldada por la realidad, porque la oposición se funda en la posesión, y el fenómeno que ésta encarna exige una serie de hechos consumados con antelación al acto del

Páginas

secuestro. De lo contrario cualquier ocupante ocasional tendría la facultad de oponerse con grave daño para el interés de las partes. Ese no es el derecho que la ley protege. Precisamente para evitar en el juicio la irrupción de terceros sin derecho, corresponde calificar al juez en el acto del secuestro, sumariamente, las circunstancias en que el opositor se encuentra con relación a la cosa que dice pertenecerle, a efecto de establecer la realidad del hecho sustancial de la posesión. Tales circunstancias son la base necesaria de su resolución. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 28 de 1940). ..... 675, 2ª y 676, 1ª

SECUESTRO

— 288 —

La ley no admite dentro del juicio ejecutivo incidentes para demostrar que el opositor a un secuestro es persona distinta de la ejecutada. El derecho a oponerse sólo radica en cabeza de los que no sean partes y que se encuentren materialmente poseyendo la cosa que se va a secuestrar.

Es absurdo pretender que el ejecutado puede oponerse al secuestro, pues sólo se concede ese derecho a los terceros, en defensa de las situaciones jurídicas que deben respetarse. (Artículos 278 y 1021 del C. J.) Lo mismo puede decirse del derecho consagrado en el artículo 1023 que trata de una garantía a favor de terceros. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, mayo 29 de 1940). .....

SECUESTRO

— 289 —

El opositor al secuestro en un juicio ejecutivo es parte en el incidente de secuestro, mas no en el juicio principal. Cuando muere el opositor se suspenden los términos en el incidente promovido por él, conforme al artículo 370 del C. J., pero no los del juicio principal, los cuales siguen corriendo. Lo que ocurre es que la sentencia definitiva no se pronuncia mientras estén pendientes aquellos incidentes que puedan influir en la decisión final del pleito, conforme al artículo 393, ibídem. En casos en que fuera de la cosa materia de la oposición, existen otras sujetas a la traba ejecutiva, bien puede continuarse la ejecución hasta proferirse en ella la sentencia de pregón y remate, con la reserva competente por parte del ejecutante para poder obtener más tarde su remate, si la articulación fuere resuelta a su favor. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 18 de 1940). .....

Página

727, 2

SEGURO DE FINCAS HIPOTECADAS

— 290 —

Las disposiciones de los artículos 2446 del Código Civil y 679 del Código de Comercio son contrarias. En presencia de ese conflicto la Corte acoge la teoría de la aplicación preferente de la doctrina del artículo 2446 del C. C. en virtud de lo estatuído por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, y porque lo dispuesto en ese artículo del C. C. es de carácter excepcional, preferible, por consiguiente, a la disposición del de Comercio, que contiene la regla general. En cambio, el artículo del Código Civil consagró la especial o de excepción al disponer expresamente la extensión de la hipoteca a la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados. Esta indemnización, comprendida por la hipoteca, no propiamente por virtud de subrogación sino por expreso mandato de la ley que ha querido representar en ella la cosa perecida, forma parte del patrimonio del deudor como cosa especialmente afecta al pago de la obligación hipotecaria, y sobre él puede el acreedor, consecuencialmente, ejercitar las acciones que concede la ley. Por otra parte, la ley de la hipoteca es la civil, cualesquiera que sean la condición de quienes la otorguen y la naturaleza de la obligación que garantice. (Sentencia, Sala de

680,

Páginas

sación Civil, XLIX, números 1957 1958, abril 4 de 1940). .....

SENTENCIA DEFINITIVA

— 291 —

No puede un tribunal reformar la ntencia definitiva dictada por él ismo, con el pretexto de que en ella ha fallado un punto de carácter terlocutorio. (Casación, XLIX, núeros 1953 y 1954, julio 10 de 1939).

SERVICIOS

— 292 —

Cuando el contrato de servicios es ustado por un tiempo determinado, nguna de las partes puede, sin el nsentimiento de la otra, romper la nvención y sustraerse a sus comromisos. Cuando el arrendamiento mpe intempestivamente, o sea, sin otivo justificativo alguno, el conato de arrendamiento de servicios ue se ha celebrado por un período eterminado, queda obligado a pagar arrendador los cánones del arrenamiento correspondientes al tiempo ue falta para vencerse el contrato, n sus intereses legales. De esto se ncluye lógicamente que lo precepado en el artículo 2066 del C. C. lo tiene aplicación cuando en el ntrato no se ha estipulado término duración o no se ha convenido en nerle fin mediante desahucio. (Caión, XLIX, números 1957 y 1958, nio 22 de 1940). .....

SERVIDUMBRE DE ALBAÑAL

— 293 —

La prohibición del artículo 891 del digo Civil se formula como una secuencia del establecimiento de servidumbre; de ahí que el artículo esté redactado en esta forma: desés de reconocer en su inciso 1º que predio inferior está sujeto a reci- las aguas que del superior desenden naturalmente, agrega en fraexplicativa, "es decir, sin que la no del hombre contribuya a ello"; viene en seguida el inciso 2º contenPáginas
483, tivo de dicha prohibición, concebido
1º y 2º en estos términos: "No se puede, por consiguiente, dirigir con albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituído esta servidumbre especial. "Después el inciso 3º establece cómo, en general, no se puede hacer cosa alguna que en el predio sirviente estorbe o en el dominante grave esa servidumbre. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 3 de 1940). .....
124, 2º

Páginas
315, 1º

SERVICIO PUBLICO

— 294 —

La noción de servicio público es la fuente y la razón de ser y a la vez el límite del poder público, según el expositor Duguit. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 6 de 1940). .....

64, 1º

SIMULACION

— 295 —

La acción de simulación no es la acción de nulidad, como se sostuvo por mucho tiempo, lo que rectificó la Corte desde 1935. La simulación consiste en celebrar abiertamente un acto o contrato, y en convenir al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraestipulación privada de éstas, que ha de permanecer oculta, en alterar, en todo o en parte, lo pactado en el acto público. Negocio simulado es el que tiene as-
548, 2º pecto diferente de 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 segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o la naturaleza del público, y en el lenguaje técnico se llama contraestipulación, la que puede ser verbal o escrita. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. De suyo el acto simula-

Páginas

do no es nulo; una persona capaz, movida por justa causa puede obligarse ocultamente para con otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. En el ejercicio de la acción pauliana el tercero invoca y busca la inoponibilidad que contra él tiene el acto de su deudor. En el ejercicio de la acción de simulación el actor busca, en lo general, la prevalencia del acto oculto o verdadero sobre el ostensible. Mas no toda persona puede ejercitar la acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, sino que necesita que tenga interés jurídico, o sea un interés protegido por la ley, que es desconocido o lesionado por el acto nulo, por el acto ejercitado merced a una colusión o determinado por el animus nocendi, como en muchos casos de la acción pauliana, o por el acto simulado.

La sola calidad de acreedor no da personería a éste para entablar alguna de las acciones anteriores. Se necesita, y se repite, el interés jurídico.

No está por demás advertir que la ley protege y ampara a los terceros de buena fe, porque de otro modo el comercio y las relaciones contractuales serían imposibles; de ahí disposiciones como las de los artículos 947, 1547, 1548 y 1643 del C. C. Quien se presenta, pues, ejercitando una acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocando su carácter de acreedor, por una obligación de dar, hacer o pagar o no hacer, debe demostrar, primero la existencia plena de ese carácter, aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo demostrar, también plenamente, que el acto acusado lo perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes. (1). (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, febrero 15 de 1940). 71ª, 1º y 2º

(1) Cita la Corte, en apoyo de su doctrina, la sentencia de casación del 26 de agosto de 1938, que sienta igual doctrina.

Páginas

SIMULACION

— 296 —

La Corte abandonó la tesis de que la simulación es causa de nulidad por carencia de los componentes esenciales de los contratos, y adoptó la doctrina ya expuesta y defendida en numerosos fallos de esta Sala, conforme a la cual no toda simulación es ilícita ni determina por sí misma nulidad, doctrina moderna que consagra una acción especial para la simulación buscando la prevalencia del acto oculto, verdadera ley de las partes, sobre el aparente, creado para engañar y no siempre para defraudar, sin necesidad de ocurrir al medio técnico de la nulidad de éste, alegando falta de consentimiento y de causa.

Ninguna norma de nuestro sistema civil se opone a que jurídicamente se puedan ocultar o disimular los actos que ejecutados públicamente serían perfectos. No hay razón para erigir en prohibición el hecho de disimular por medio de actos jurídicos el verdadero fin propuesto, o de perseguir este fin por medios sustitutivos, mientras éstos no sean ilícitos ni extralimiten la ley, porque en general no está prohibido ocultar los negocios al público. De ahí por qué se ha dicho que ni la simulación ni el uso de medios jurídicos sustitutivos son, en sí mismos, actos ilícitos. Si el acto privado u oculto reúne todos los elementos generales que exige la ley para la validez de todo acto o contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitos), ese acto tiene plena validez entre las partes que lo convinieron conforme a la doctrina del artículo 1766 del C. C., que establece que las escrituras privadas (contraestipulaciones), hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, carecen de efectos contra terceros, pero sí los producen plenamente entre las partes, y de acuerdo también con el artículo 1759 del mismo código que tiene como verdad lo declarado en instrumentos públicos, con valor de plena fe, pero sólo contra los declarantes. Si el contrato pactado en la

Páginas

convención secreta para alterar lo convenido en la pública o aparente, es por sí mismo válido, no va por tanto contra el orden público ni las buenas costumbres y es lícito, puede ser invocado en acción especial de simulación por los mismos contratantes y por todo el que tenga en ello un interés jurídico serio. (Casación, XLIX, números 1953 y 1954, marzo 4 de 1940). 108, 2ª

SIMULACION

— 297 —

La simulación contractual, como lo ha dicho muchas veces la Sala de Casación, supone la creación de dos convenciones coexistentes, parcial o totalmente contradictorias entre sí, ostensible la una y secreta la otra. Los incapaces absolutamente no pueden simular jurídicamente, porque la simulación es un fenómeno de bilateralidad válida con base de consentimiento perfecto. La simulación no es por sí misma determinante de ninguna invalidez, y la acción utilizable para su declaración judicial se destina a obtener la prevalencia sobre un contrato aparente que no liga la voluntad de los contratantes a uno oculto o secreto que lo altera, modifica o destruye y que representa la verdadera ley de las partes. La Corte ha dicho en varias ocasiones que aunque aparezca equivocadamente nombrada la acción de simulación bajo el calificativo de nulidad, hay que considerarla y decidirla si de sus hechos fundamentales puede deducirse un caso de simulación, esto es, cuando ha sido ejercitada y hay solamente una dificultad de bautizo. (Casación, XLIX, Nº 1959, agosto 9 de 1940). 826, 2ª

SIMULACION

— 298 —

Bien es sabido que el hecho de que un contrato sea simulado no induce a establecer que es nulo; en otras palabras: la simulación en determinada relación jurídica no puede alegarse como causa de nulidad de esa misma relación, porque una y otra figura tienen características esenciales, y al establecerse alguna, de determinado caso, vienen consecuencias absolutamente diferentes, como lo ha dicho la Corte varias veces.

El fenómeno de la simulación consiste, globalmente enunciado, en celebrar abiertamente un acto o contrato y en convenir al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraestipulación privada que ha de permanecer oculta entre las partes, en alterar, en todo o en parte, lo pactado en el acto público. Esta figura de la ley reviste muchas formas o especies. No todo sujeto de derecho puede ejercitar la acción de simulación; necesita que se evidencie en él claramente un interés jurídico actual, no de expectativa, y que ese mismo interés aparezca protegido por la ley por resultar lesionado por el acto simulado y ejecutado sólo a merced de colusión o colusiones con extraños. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 22 de 1940) 846, 1ª

SOCIEDAD CONYUGAL

— 299 —

Disuelta la sociedad surge ahora bajo el imperio de la ley 28 de 1932, como antes bajo el imperio del Código Civil, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, la cual habrá de liquidarse conforme a las reglas del código compatibles con el nuevo régimen (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 18 de 1940). 733, 2ª

SUELDOS

— 300 —

Con el sueldo se retribuye al empleado sus servicios en el desempeño de las funciones que le corresponden; de modo que al cesar en la prestación de esos servicios cesa para el empleado el derecho de percibir ese sueldo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1955 y 1956, abril 11 de 1940). 430, 1ª

Páginas

SUSPENSION DE TERMINOS

— 301 —

Véase: TERMINOS.

T

TERMINOS

— 302 —

Los fenómenos legales producidos por la suspensión de términos o por la paralización de un proceso son esencialmente diferentes en su configuración y efectos. Los términos judiciales se suspenden para todos los negocios en curso en los casos contemplados por el artículo 369 del C. J. en relación con el artículo 181, ibídem. Dichos términos no corren para un negocio determinado cuando se presenta alguna de las circunstancias contempladas en algunos de los cuatro numerales del artículo 370 de la misma obra. En el primer caso, la suspensión se verifica por ministerio de la ley y por vía general para todos los procesos. En el segundo caso la suspensión se verifica en vista de un interés particular o de un hecho de los expresados taxativamente en el artículo 370, que afecta a alguna de las partes litigantes. Por eso la suspensión en este caso no tiene incidencia sino sobre un proceso determinado.

En la suspensión, sea por ministerio de la ley, artículo 369, sea por voluntad de las partes o porque se presenten algunas de las causales del artículo 370, tiene estos dos factores: a) Los días comprendidos o corridos dentro del término de la suspensión no pueden jamás contarse, computarse o agregarse al término que requiere la ley para que se produzcan los efectos de la caducidad o abandono del negocio, y b) Siendo la suspensión a día fijo y determinado, ya en el caso del artículo 369, ya en el del 370, no es necesaria la notificación personal para que siga el proceso, porque del término de la suspensión han tenido conocimiento las partes y saben entonces qué día ha de continuar adelantándose el proceso. Si de ese día en adelante alguna de las partes no hace gestión propia para la prosecución del proceso, las consecuencias de su negligencia o descuido recaen sobre ella, pero no refluyen, ni pueden refluír sobre la validez del proceso ni menos puede esa actitud negligente paralizarlo o suspenderlo o entrabar la actuación de la otra parte. Cuando el juicio no prosigue, sin estar de por medio fenómenos de la suspensión, tal hecho depende de la abstención o inactividad de las partes, especialmente del demandante, y entonces cuando ese estado se ha prolongado por más de seis meses es preciso, para la prosecución del juicio, la notificación del primer auto en la forma prevenida por el artículo 322 del C. J. La razón de esto es clara, porque no puede una de las partes en un proceso estar pendiente de la voluntad de la otra en no adelantarlo y no puede exigírsele que sepa o adivine cuándo habrá de proseguirlo. El artículo 322, entre otras razones, se funda en la de evitar sorpresas a una de las partes y que la otra pueda aprovecharse de su propia negligencia, que puede ser culposa en muchos casos. Además, la paralización del proceso en el caso del artículo 322, es la base para la caducidad del juicio de que trata el artículo 364 de la misma obra, puesto que los meses corridos a que se refiere el artículo 322 se computan para la sanción de caducidad de que trata el artículo 364. De ahí que la notificación personal, cuando se presenta el caso del artículo 322, tenga también por objeto que la parte demandada quede enterada de que la caducidad no se producirá por la suspensión a que se refiere el artículo 322. Suspensión y caducidad, ante los textos de los artículos 322 y 364, se refieren o conexionan con el concepto de abandono del proceso, que no pasa, ni puede pasar, con la suspensión legal de que tratan los artículos 369 y 370 de la obra citada.

En primer lugar, quien puede decretar la suspensión de los términos

Páginas

n los procesos y la suspensión de es-
s mismos, es el legislador; así ha
asado en nuestro país, cuando con
otivo de la turbación del orden pú-
ico, se ha decretado la suspensión
e los términos de la prescripción.
sí sucedió recientemente cuando
or motivo de la crisis fiscal y eco-
ómica producida por la guerra eu-
pea el órgano ejecutivo debidamen-
autorizado expidió los decretos de
rácter legislativo números 280 y
20 de 1932 y luégo el legislador de
e año en la Ley 37, dijo lo siguien-
en el artículo 2º: " Respecto de
s obligaciones a que se refiere el
tículo anterior, la suspensión del
mate de que trata el artículo 7º del
ecitado Decreto 280, adicionado por
artículo 2º del Decreto 420 tam-
én citado, será de tres años más,
partir del 1º de enero de 1933 si
í lo pidiere el deudor... La sus-
nsión expirará en todo caso el 31
diciembre de 1935".

En esta norma legal se estatuye-
n dos principios: la sola voluntad
l deudor o demandado producía la
spensión del remate, suspensión
e estaba obligado a decretar el juez
virtud de la sola petición de aquél;
suspensión se producía y regía
sta día cierto y determinado, el 31
diciembre de 1935. De modo que
í como el demandado conocía la ley
e la daba la gracia de obtener la
spensión del remate, la conocía
mbién para el efecto de saber has-
qué día expiraba tal gracia o sus-
nsión. El proceso se suspendía, no
virtud de abandono o negligencia
l acreedor, sino por voluntad del
udor y en virtud de un texto legal
preso. De lo anterior resultaba
e el demandado que había obteni-
la suspensión del remate, sabía
sta cuándo duraba ese efecto, y
tonces estaba en la obligación de
verse a apersonar del asunto el día
que terminaba la suspensión. (Ca-
ción, XLIX, números 1953 y 1954,
iembre 5 de 1939). .....

Páginas

TESTAMENTO CERRADO

— 303 —

El requisito exigido por la Ley 36 de 1931, meramente probatorio, no viene a constituír, en su fondo, una solemnidad o formalidad esencial que haga parte por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia, que sí son verdaderamente esenciales para la existencia y validez del acto, son las señaladas y exigidas por el artículo 1080 del C. C., cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad. La omisión de la escritura a que alude la Ley 36 citada no acarrea la nulidad absoluta del acto testamentario. Tanto la redacción como el espíritu del artículo 4º de esa ley inducen a aceptar que en tal precepto tan sólo se señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario, pero en él no se consagra la nulidad absoluta como sanción por su omisión. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 12 de 1940). 240, 2ª

TESTAMENTO VERBAL

— 304 —

La citación de los interesados a que alude el artículo 1094 del Código Civil no debe entenderse en el sentido de que el Juez sepa de interesados distintos de los que aparezcan como tales en la documentación que se le presente y en las declaraciones que se rindan, y por lo que se refiere a la persona que promueve esas diligencias no puede exigírsele tampoco que formule el elenco de todos los posibles interesados como acreedores, herederos ab intestato, etc., del difunto, con indicación de los datos necesarios para su citación judicial. La naturaleza y fines inmediatos de esa diligencia se oponen a interpretar con semejante alcance la orden de citación de que habla el artículo 1094 del C. C., y al propio tiempo autorizan o conducen a conceptuar que esa citación no lleva en sí el carácter de solemnidad. 44, 1ª y 2ª 46, 1º

Cuando en un testamento verbal ordena hacer unos pagos el testador y declara que el resto debe ser para determinada persona, ésta última declaración equivale a una institución de heredero ante los artículos 1156 y 1157 del Código Civil. Que frecuentemente mencione el testador algunos de sus bienes y aún todos ellos y que en ocasiones los inventarie, por decirlo así, al testar, no es razón para sostener que sólo procediendo en esta forma le sea posible disponer de ellos en todo o en parte o entenderse que dispone.

El artículo 1092 del C. C. se refiere en forma tan severa y restringida al peligro de que habla como para considerarlo en sí mismo a la luz de un análisis ulterior frío y ajeno, sino que se limita a exigir que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne. De ahí que, sorteando las dificultades de uno y otro orden, si requiere sólo que aquello parezca, al propio tiempo fija un plazo de 30 días, pasados los cuales sin haber fallecido el testador, "el testamento verbal no tendrá valor alguno". (C. C., artículo 1093). La Corte refrenda el concepto expresado en una de sus sentencias anteriores, según el cual "el artículo 1092 del C. C. no exige para que pueda procederse al otorgamiento del testamento verbal que no haya tiempo o modo de otorgar testamento solemne, sino que por la inminencia del peligro de muerte en que se halle el testador, parezca que no haya cómo ni cuándo extender ese testamento".

El objeto del artículo 1094 del C. C. es que el juez se cerciore de que esa forma privilegiada de testar estuvo autorizada o fue procedente; de suerte que si en un proceso aparecen comprobadas fehacientemente esas circunstancias, no valdría como objeción el hecho de que al recibirse las declaraciones de los testigos instrumentales no se hubiera dejado constancia expresa al respecto. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, junio 26 de 1940). .....

Páginas

TESTIMONIOS

— 305 —

Los testimonios para cuya apreciación exige la ley que se hayan pedido o ratificado en el correspondiente término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repreguntен y ejerciten su derecho de infirmar la prueba (artículo 699 C. J.), son las declaraciones de nudo hecho, esto es, las rendidas fuera de juicio, sin citación ni audiencia de la parte contraria, sumariamente. (Casación, XLIX, números 1973 y 1954, febrero 15 de 1940). . . ..

TITULO EJECUTIVO

— 306 —

No puede considerarse como título suficiente para librar ejecución un papel sin firma, en que se dice que un individuo es deudor de un impuesto de aduana o de una multa que no se sabe si se le ha notificado para que haga uso de los derechos que la ley le otorga. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI bis, número 1895 C., marzo 7 de 1935). 297, 1ª

TITULO MINERO

— 307 —

Véase: Minas. (Casación del 20 de agosto de 1940, G. J., tomo XLIX, número 1959, páginas 837 y siguientes).

TRABAJO

— 308 —

Véase: Contrato de Trabajo.

TRABAJO

— 309 —

La remuneración de los domingos y días feriados trabajados por los empleados de sueldo mensual, que pertenecen a empresas nacionales, departamentales y municipales, está

561 y sgtes.

Págs.

eglamentada por el decreto ejecuti-
o número 222 de 1932. Conforme a
ste, si existe un descanso compensa-
rio no habrá lugar a la indemniza-
ón prevista.

El derecho al pago de horas extra-
rdinarias de trabajo fue consagrado
n la legislación por decreto ejecuti-
o número 895 que aprobó la Resolu-
ón número 1º de 1934 de la Ofici-
a General del Trabajo. Según este
ecreto es evidente que el derecho a
ue se reconozcan horas extraordina-
as no depende únicamente de que
empleado haya trabajado al día
ás de ocho horas, sino de que el
romedio semanal haya superado la
rnada de cuarenta y ocho horas.
Sentencia, Sala de Negocios Gene-
les, XLIX, número 1959, junio 24
1940). . . . . 898, 1ª y 899, 1ª

TRABAJO

— 310 —

Véase: Contrato de Trabajo.

TRADICION DE LOS BIENES RAICES

— 311 —

No basta para la total satisfacción
la obligación de entregar la mera
scripción del título en el registro
instrumentos públicos, sino que es
cesario, para complementarla le-
lmente, verificar la entrega mate-
l de la cosa vendida para realizar
derecho de goce del comprador. La
de procedimiento civil (artículo
7 del C. J.) provee al cumplimien-
forzado de esta obligación del ven-
lor de entregar materialmente la
sa vendida, cuando a pesar de la
scripción del título en la Oficina de
gistro correspondiente, el traden-
retiene materialmente la cosa en
poder. (Casación, XLIX, números
3 y 1954, febrero 2 de 1940). . . . 93, 2ª

TRASLADO

— 312 —

El traslado tiene por objeto dar a conocer el contenido de la demanda a fin de que, con la contestación, se fijen los términos del debate; y uno de los requisitos esenciales para que aquél se surta es la notificación personal a la parte respectiva del auto en que se ordena darlo. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLIX, número 1959, julio 23 de 1940). . . . 903, 2ª

V

VALORES RECOMENDADOS O ENCOMIENDAS EXTRAVIADOS

— 313 —

Aunque el numeral 1º del artículo 1059 del Código Judicial se refiere exclusivamente a las resoluciones sobre multas que deban ingresar al Tesoro Público, las cuales prestan mérito ejecutivo, también existe en el Código Postal y Telegráfico una disposición, que es el artículo 40, según la cual presta mérito ejecutivo la resolución que dicte la Dirección General de Correos y Telégrafos en caso de pérdida o extravío de valores recomendados o encomiendas. El mismo artículo 40 autoriza al Ministerio para dictar resoluciones sobre responsabilidad civil en lo referente al supuesto exceptivo de la pérdida o extravío de valores recomendados o encomiendas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIX, números 1957 y 1958, junio 13 de 1940). . . . 717, 1ª

VECINDAD

— 314 —

No es aceptable contemplar y decidir un problema jurídico a la simple luz de uno idiomático o gramatical, desconectándose el comentador o juzgador de la realidad de los hechos. Estas disposiciones que hablan de ruina de un edificio por omisión de las reparaciones necesarias y hablan de querella del vecino amenaza-

Páginas

Página

do, precisamente requieren en éste esa calidad de VECINO; su tenor literal no da lugar a duda al respecto. Y sin duda tienen en consideración la capacidad de que éste como tal se dé cuenta del peligro por sus manifestaciones externas de percepción fácil o al menos agible y por la ocasión que el vecinazgo le da de presentarlas. Así se explica la exigencia legal de aviso implicado en la querella que, alertando al dueño, lo pone, si se quiere, en mora, cual si por analogía se tratase de un requerimiento. Mira la ley a la conveniencia recíproca o interés común de ambos y a la ayuda mutua que se deben. Si no hay sanción sin motivo, con más veras es de suponerlo para una tan grave como la que el artículo 991 asigna a la falta de querella notificada; y ese motivo es el de la incuria o descuido en quien por el hecho de ser vecino de ver constantemente o, en todo caso, con frecuencia, la casa contigua a la suya y sólo por exagerada negligencia deje de notar y avisar las grietas u otras señales externas de peligro. El legislador encuentra en ciertos casos de abstención un fondo de culpa que, sancionado en el del artículo 991 como se ha visto, lleva en los del artículo 2357 a la concurrencia y compensación de culpas en éste reglamentada. Cuando faltan los elementos necesarios para que una persona esté en capacidad de conocer ciertos hechos, no es posible entenderla obligada a avisarlos a nadie ni, mucho menos, despojada de sus derechos por no haberlos avisado. Casación, XLIX, número 1959, agosto 22 de 1940)... 852, 2ª

VECINO

— 315 —

Véase: Vecindad. (Casación del 22 de agosto de 1940, G. J., número 1959, página 2ª).

VENTA A DOS PERSONAS DE UNA MISMA FINCA RAIZ

— 316 —

Los artículos 1871 y 1873 del Código Civil regulan situaciones que tienen entre sí a la vez analogías y diferencias. El 1871 versa sobre venta de cosa ajena en general y el 1873 atiende a un caso especial de venta de esta clase; pero como hay diferencia en vender lo que no es ni ha sido del vendedor y vender por segunda vez lo que originariamente sí fue suyo, el legislador reglamenta separadamente los dos casos guiándose en cada uno por sus peculiaridades consiguientes. La posesión es lo que determina la preferencia establecida por el artículo 1873, y conforme a los artículos 756 y 1785 del C. C., la inscripción en el registro es el medio de efectuarse la tradición del dominio de inmuebles y nadie puede adquirir la posesión sino por este medio. Esta ha sido la doctrina uniforme y sostenida de la Corte en el caso de venta de una misma finca raíz a dos personas. (Casación, XLIX, número 1959, agosto 12 de 1940)..... 816,

VENTA DE BIENES ANTES DE LA PARTICION

— 317 —

El heredero que vende una cosa de su causante se despoja de sus derechos hereditarios sobre ella; y si lo que vende es un inmueble, antes de haberse realizado la partición, se reputa haberse hecho la tradición desde la venta, según lo preceptúa el artículo 1875 del Código Civil. (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, julio 9 de 1940). 597,

VENTAS DE DERECHOS HERENCIALES

— 318 —

Son eficaces las ventas de derechos herenciales de un heredero, vinculadas a un cuerpo cierto de la herencia, las cuales no puede desconocer el heredero; si no transmiten al comprador el dominio de los bienes vendidos sí le dan en cambio facultad plena para intervenir en el juicio de sucesión para hacerse adjudicar lo que correspondía a sus vendedores. Igualmente son eficaces y producen

Páginas

todos sus efectos entre heredero y comprador, las ventas de bienes de la herencia hechas por un heredero antes de la partición y aún antes de que a su favor se dicte el decreto de posesión efectiva; sólo que esas ventas no vinculan a los demás herederos, para quienes el contrato es RES INTER ALIOS ACTA. El heredero estará sometido a todas las consecuencias que le puede acarrear ese acto de disposición prematura, como las de los artículos 1287, 1288, 1302, 1309 del C. C. Será una venta de cosa ajena, calificada por el artículo 1401 del mismo, y en tal carácter expuesta a todas las contingencias de esa clase de enajenaciones que no perjudican al verdadero dueño. Pero lo mismo que la venta es válida entre heredero y comprador, aquél no puede desconocer posteriormente la tradición y la consiguiente posesión que al comprador le haya dado de la cosa. No están en iguales circunstancias los demás herederos, por lo mismo que a ellos no se les puede oponer el acto. En cambio, al heredero vendedor sí le es oponible, ya que como contratante no puede violar el contrato. Y en la misma situación del heredero está el adquirente o cesionario de sus derechos hereditarios, porque este cesionario ocupa el lugar del heredero, con sus prerrogativas y sus obligaciones. (Casación, XLIX, números 1955 y 1956, abril 9 de 1940). 331, 2ª

Páginas

VIGILANTE O CELADOR

— 319 —

Véase: Contrato de Trabajo.

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO XLIX

CONSTITUCION NACIONAL DE 1886

Arts.	Números
19	87
20	87

CONSTITUCION NACIONAL DE 1936

15	87
16	87
52	173
62	95
69	95
115	95, 241
149	173
158	164

ACTO LEGISLATIVO Nº 1º DE 1936

—	87

ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1910

—	173

CODIGO CIVIL

15	275
16	275
400	91
401	116
402	116
403	116
404	116
424	275
636	94
650	94
718	117
739	5
741	34
741	270
752	45
756	316
762	288
765	123
765	222
779	237
882	207
891	293
943	237
947	295
993	314
1008	234
1080	303
1092	304
1093	304
1094	304
1120	234
1156	304
1157	304
1162	234
1234	234
1236	234
1237	234
1243	234
1248	234
1267	318
1268	318
1291	30
1295	207
1302	318
1309	318
1337	45
1391	219
1392	219
1394	219, 221
1395	219
1401	207
1401	222
1401	318
1451	207
1522	275
1526	275
1548	8
1546	279
1546	53
1547	295
1548	295
1601	30
1609	53
1617	147
1636	207
1643	295
1673	275
1690	202
1693	202
1707	202
1708	202
1709	202
1740	278
1741	278
1759	296
1759	269
1786	296
1785	316
1867	275
1871	316
1873	316
1875	317
1930	8
1930	279
1946	30
1950	275
1960	202
1964	44, 202
1965	202
2066	292
2189	186
2191	186
2193	186
2231	30
2313	139, 276
2318	139, 276
2341	227
2342	26, 120
2343	26, 120
2357	314
2373	115
2380	102
2381	102
2383	102
2390	102
2440	124
2446	125
2448	124
2452	124
2491	207
2524	242
2525	237
2535	243

CODIGO CIVIL

Arts.	Números
2636	266
2676	285

CODIGO DE COMERCIO

162	207
168	207
440	114
679	125, 290

CODIGO PENAL DEROGADO

587	130, 287
602	128, 130, 287
605	126
608	130, 287

NUEVO CODIGO PENAL

—	224
19	156
25	86
180	118
412	3

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

44	165
47	165
163	43

CODIGO JUDICIAL DE 1931

33	184
40	50, 277
152	277
181	302
209	10, 19
278	288
322	302
328	106
329	106
330	107
333	107
334	105
343	106
349	203
351	15, 16
364	31, 302
369	302
370	289, 302
391	79
393	289
448	146, 210, 211, 254, 262
451	210
457	210
482	11
519	259, 261
520	99, 146, 247, 255, 210, 211, 257, 260, 261, 262.
524	68
531	162
593	36
595	252
604	46
612	240
635	197
648	36

CODIGO JUDICIAL DE 1931

Arts.	Números
652	157
693	305
702	73, 259
720	100
887	311
964	221
981	201
1009	287
1021	237, 288
1023	288
1025	102, 106
1037	270, 34
1038	270, 34
1059	192, 254, 313
1142	119
1228	79

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

—	93
310	86

CODIGO FISCAL DE 1873

879	231

CODIGO FISCAL DE 1912

29	80
390	271
416	271
418	22

CODIGO DE MINAS

22	195
94	197
118	193
163	193
164	193
167	197
168	197,215
285	195
286	196
291	197
303	197
309	197
341	193
404	195
412	195

LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1821

—	230, 232

LEY DE 24 DE MAYO DE 1856

—	253

LEY 272 DE 1873

Arts.	Números
23	197
44	193

LEY 30 DE 1886

—	121

LEY 57 DE 1887

5º	200
33	202

LEY 95 DE 1890

29	242

LEY 105 DE 1890

77	100
345	96

LEY 80 DE 1903

8	197

LEY 56 DE 1905

25	48

LEY 35 DE 1907

9º	32

LEY 95 DE 1909

3º	193

LEY 130 DE 1913

76	173
93	135, 172
100	184

LEY 11 DE 1914

—	151
—	178

LEY 71 DE 1915

27	225
28	225

LEY 33 DE 1916

—	133

LEY 85 DE 1916

199	208

LEY 14 DE 1917

19	133

LEY 112 DE 1919

—	121

LEY 76 DE 1920

Arts.	Números
—	107

LEY 29 DE 1922

21	121

LEY 87 DE 1922

—	93

LEY 42 DE 1923

—	23

LEY 46 DE 1923

49	156

LEY 78 DE 1928

—	93

LEY 32 DE 1929

1º	94
2º	94

LEY 1ª DE 1931

1º	121
20	121

LEY 11 DE 1931

7º	225

LEY 37 DE 1931

28	231

LEY 79 DE 1931

3º	135

LEY 81 DE 1931

Arts.	Números
12	273
14	148, 276

LEY 99 DE 1931

—	32

LEY 1ª DE 1932

1º	163

LEY 28 DE 1932

—	198, 299

LEY 37 DE 1932

2º	302

LEY 40 DE 1932

29	62

LEY 10 DE 1934

—	58

LEY 27 DE 1935

—	80
3º	80

LEY 78 DE 1935

5º	138
6º	273
13	137
21	137, 138

LEY 45 DE 1936

—	116
7º	116
12	116

LEY 63 DE 1936

Arts.	Números
24	61
68	176

LEY 160 DE 1936

5º	231
10	230

LEY 200 DE 1936

—	164, 165, 238
4º	232

LEY 100 DE 1937

4º	151, 178

LEY 94 DE 1938

—	184
42	184
47	167, 168, 184
55	47

LEY 128 DE 1938

—	80

LEY 165 DE 1938

1º	111, 152, 180
2º	11, 152, 180
8º	35
11	111, 152, 180
—	95

LEY 172 DE 1938

2º	94, 110, 148, 179

LEY 206 DE 1938

1º	163

LEY 45 DE 1939

1º	58

Leg 36/31

4. 263

INDICE ALFABETICO DEL TOMO XLIX

— A —

Págs.

Abello H. Ernesto contra la Nación. Ordinario por perjuicios 159
Acuerdo de 29 de mayo de 1940, sobre elección de Conjueces de la Corte.... 449
Acuerdo de 3 de junio de 1940, sobre elección de Conjueces de la Corte.... 783
Aguilar Luis C. y Elías G. Cáceres contra Federico Terril. Ordinario de reivindicación 590
Aguilera Miguel, Julio, Cristina y María del Tránsito Garzón contra Gabriel Junca y otros. Ordinario de objeciones a una partición 487
Almeida y. de Camacho Felisa contra Temístocles Otero, Silvestre Carreño y Fidelina Gómez. Ordinario sobre nulidad de un testamento cerrado 236
Amaya Saúl contra Gustavo Rosania. Recurso de hecho para obtener el de casación 65
Andrade Francisco. Desistimiento del recurso de casación 698
Andrade José H. Desistimiento de un recurso de casación 698
Arroyave José Domingo contra el Departamento de Antioquia. Ordinario para el pago de una suma de dinero por concepto de contrato de trabajo..... 763
Avellaneda Aurelio. Sucesión. Recurso de hecho para obtener el de casación. 559

— B —

Barrero Uribe Carlos. Causa por homicidio 125
Beltrán David contra Ignacio Gutiérrez. Ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo 566
Bernal Latorre Carlos, en su carácter de secuestre en el ejecutivo que adelantaba la Corporación Colombiana de Crédito contra Ruperto Aya. Venta en pública subasta de los bienes hipotecados 748
Blanco Antenor, Alcides Orjuela y Jacinta Méndez. Causa por homicidio y por fuerza y violencia 123
Blanco Gómez Miguel. Causa por homicidio 127
Bohigas y Canadell contra Antonia Pujol Matéus. Ordinario para el pago de un auxilio de cesantía 504
Bohmer Germán S. contra Bensman & Linzen & Cía., S. A. Acción principal sobre mejor derecho a una póliza de seguro y de reconvención para el pago del valor de esa póliza..... 477

— C —

Calle H. Julio y otro contra Eugenia Vélez de Jaramillo y María Elvia y María Luz Amparo Uribe Vélez. Ordinario por pesos 243

Págs.

Camacho Antonio José. Sobreseimiento definitivo por un supuesto delito de intervención en la política cuando era Magistrado 649
Castaño Emilio contra Wenceslao Castaño. Se declara desierto el recurso de casación en el ordinario promovido por aquél 618
Castiblanco Cecilio contra la Nación. Demanda de pensión 156
Castro J. & Hijo y Jesús Gaviria contra la Nación y el Departamento de Caldas. Ordinario por perjuicios 336
Castro Manuel J. Proceso militar. Se inhibe la Corte para conocer de él por no ser competente 136
Cervecería Libertad contra el Municipio de Medellín. Ordinario para la devolución de unos dineros por el pago de impuestos 296
Compañía del Ferrocarril de Cúcuta contra la Nación. Acción de exención de impuestos 433
Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Aviso de exploración y explotación de petróleos 321
Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Aviso de exploración y explotación de petróleos 415
Compañía Minera Chocó Pacífico contra la Nación. Acción posesoria. 363
Competencia entre varios Jueces penales de Circuito 871
Córdoba Yepes Alejandro. Proceso militar. Se inhibe la Corte para conocer de él 141
Corsi Manuel contra la Compañía de Samacá. Ordinario por perjuicios..... 850
Cortés de De la Rosa Elvira contra Teodulfo Dulce y otros. Ordinario para obtener la ineficacia de un pacto de retroventa, etc. 817
Cuéllar José de Jesús contra la Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie. Ordinario por perjuicios. Desistimiento del juicio por transacción.. 543
Cuervo Julio S. contra la Nación. Ordinario por perjuicios 699
Curacao Trading Company contra Elías M. Muvdi. Ordinario para el pago de una suma de pesos 219

— CH —

Chala H. Obdulio contra José Ignacio Chala. Ordinario sobre resolución de un contrato y sobre restitución de un inmueble 81

— D —

Decretos números 1606 y 1717 de 1937, reglamentarios de la ley 109 de 1936, acusados como inconstitucionales 29

Págs.

Decreto número 1709 de 1939 acusado como inconstitucional 809

Decreto número 1892 de 1936 acusado como inconstitucional en sus artículos 2º y 3º 465

Delgado Rangel Francisco y Nepomucena Jerez contra Martín Mendoza Flórez. Ordinario sobre su resolución de un contrato. 37

Departamento de Cundinamarca (Juzgado de Ejecuciones Fiscales) contra Guillermo Benavides. Ejecutivo. Excepciones. 668

Departamento de Cundinamarca (Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales) contra Senén Santos y Pedro P. Guzmán. Ejecutivo. Excepciones 684

Departamento de Cundinamarca (Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales) contra José T. Riaño. Ejecutivo. Excepciones 694

Departamento de Cundinamarca contra la Richmond Petroleum Company. Ejecutivo. Recurso de hecho 709

Díaz Campo Manuel contra la United Fruit Company. Ordinario por perjuicios. 619

Díaz Rafael y otros. Se declara incompetente la Corte para conocer de la acusación contra aquél y otros por algunas actuaciones como Magistrado del Tribunal de lo Contencioso de Ibagué. . . . 654

Díaz Guzmán de Amaris Josefa contra Mariano Amaris Maya. Desistimiento del recurso de casación 114

— E —

Echeverri Luis Alberto. Causa por homicidio. 132

Escallón Umaña Julia. Acusación contra varios Magistrados del Tribunal de Bogotá por supuestas irregularidades . . 647

— F —

Ferro Zea Ernesto contra el Departamento del Tolima. Ordinario. Accesión. . . 671

Fuentes Octavio contra José Milciades Leguizamón. Ordinario sobre nulidad de un contrato 520

— G —

Gaitán Luis Alejandro. Se declara incompetente la Corte para conocer de la acusación que se hizo a aquél por delito de responsabilidad. 630

García Carlos Felipe y Chiquinquirá Rey de García contra la sociedad colectiva Suárez & García. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 207

García Candelario contra el Departamento del Magdalena. Ejecutivo 427

Garzón Francisco y Polonia Rodríguez de Garzón. Causa por homicidio 680

Goenaga González Carlos por sí mismo y como apoderado de José Rosario Rodríguez contra The Santa Marta Railway Cº. Ltd. Ordinario para obtener el pago de una pensión de jubilación de un obrero ferroviario 74

González Gorgonio contra Tiburcio Arguello. Ordinario de reivindicación. . 536

González H. Elías contra Emeterio Rodríguez. Ordinario sobre nulidad de una diligencia de entrega y otras acciones. 551

Guzmán Vicente. Memorial de queja contra un Juez de Tierras 641

— H —

Hurtado Luis Francisco. Causa por homicidio. 627

— J —

Jaramillo Bernardo contra Justiniano Londoño. Ordinario sobre oposición a un deslinde de minas 811

Jaramillo Julio contra Germán Molina Callejas. Ordinario de oposición a la posesión de una mina 288

Jaramillo Ramón, en su propio nombre y como apoderado de Aparicio y Carmen Cruz contra Alfonso M. Velásquez. Ordinario sobre inexistencia de un testamento verbal 560

Jerez Nepomucena y Francisco Delgado Rangel contra Martín Mendoza Flórez Ordinario sobre resolución de un contrato. 37

Jiménez Apolinar. Causa por asesinato. 638

Jiménez Francisco contra Patrocinio Figueroa. Ordinario de reivindicación. . 586

Jiménez Velasco Gabriel contra Dionisio Vélez Torres. Ordinario para el pago de una suma de pesos 529

Juez de Tierras. Su juzgamiento 873

Juzgado de Rentas Intendenciales del Chocó contra Gorgonio Guerrero Rojas. Ejecutivo 691

— L —

La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Cali) contra Julio Navia R. Ejecutivo. Excepciones. 657

La Nación contra Jorge Mateus. Ejecutivo. 661

La Nación contra Víctor M. Martínez, Epaminondas Martínez y Néstor Pardo. Ejecutivo. Secuestro 674

La Nación (Juez de Rentas Nacionales de Bogotá) contra Gustavo Smith. Ejecutivo. Excepciones. 677

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Bucaramanga) contra el cónyuge y herederos de Tobías Acevedo. Ejecutivo. Secuestro 679

La Nación (Administración de Hacienda Nacional del Cauca) contra Delfina Perafán v. de Dorado. Ejecutivo. Excepciones. 681

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Apía) contra Lisandro Peláez. Ejecutivo. Excepciones 682

La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá) contra la Sociedad "Colombia Mining Exploration Company, Limited". Ejecutivo. 683

La Nación (Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales) contra Filomena y Lola o Ana Dolores Vesga Blanco. Ordinario de reivindicación. . 698

La Nación (Recaudación de Hacienda Na-

Págs.

cional de Santa Rosa de Osos) contra Belisario Pérez. Ejecutivo 696
La Nación contra la sociedad "Magdalena Fruit Company". Exceso en la adjudicación de unos baldíos 697
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Tunja) contra la sucesión de José Angel Bohórquez. Ejecutivo. Excepciones 713
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá) contra Antonio Gutiérrez, Roberto González y Leovigildo Gutiérrez. Ejecutivo. Excepciones 716
La Nación (Sindicatura del Impuesto de herencias, asignaciones y donaciones) contra la sucesión de Carlos A. Acosta. Ejecutivo. Excepciones 719
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Miguel A. Uribe. Ejecutivo 720
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Vélez) contra los herederos de la señorita Rosa o Rosalvina Téllez. Ejecutivo. Excepciones 722
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Cali) contra la empresa "Expreso Ribón". Ejecutivo 724
La Nación (Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos de Bogotá) contra Eliseo Jaramillo y Juan Garcés. Ejecutivo. Excepciones 725
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Julio Restrepo Abad y Luis M. Ospina. Ejecutivo.... 729
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Santander, Bucaramanga) contra los asignatarios y cónyuge de la sucesión de Tobías Acevedo. Ejecutivo. Excepciones 732
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Cali) contra Marco A. Tobón. Ejecutivo 735
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Santa Isabel, Departamento del Tolima) contra Manuel Arbeláez A. y Cecilia I. de Arbeláez. Ejecutivo.... 739
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Pedro E. Gómez O. Ejecutivo. Excepciones 740
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional del Valle) contra "Laboratorios del Pacífico, S. A." Ejecutivo 746
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Luis J. Franco. Ejecutivo. Excepciones 754
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Cali) contra Aura Bryon de Camacho, Cecilia y Leonor Bryon. Ejecutivo 770
La Nación contra "Roberto V. Gamboa y Cía." Ejecutivo 895
La Nación contra Luis Santos París y Roberto Cortázar. Ordinario. Resolución de un contrato 902
La Nación contra Ramón y Enrique Pizano. Ejecutivo 167
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Pedro Nel Zamorano, Carlos Uribe Brigard y otro. Ejecutivo. Excepciones 333
La Nación (Juzgado de Rentas de la Administración Nacional de Santa Marta) contra Miguel J. Caldas. Ejecutivo... 369
Leiva José María contra José R. Martínez. Ordinario. Oposición a la adjudicación de un terreno como baldío..... 83
Leonard Oil Development Company. Desistimiento 698
Ley 100 de 1937 acusada como inconstitucional en su artículo 7º. Sentencia de Corte Plena, marzo 4 de 1940..... 14
Ley 165 de 1938 sobre creación de la carrera administrativa, acusada como inconstitucional en sus artículos 1º, 2º y 11 473
Ley 100 de 1937 acusada en su artículo 4º. Aclaración de la sentencia que decidió la inexequibilidad de esa ley 799
Ley 172 de 1938 acusada como inconstitucional en su artículo 2º Sentencia de Corte Plena 801
Londoño M. Tomás, Pedro y Tulia contra Gonzalo Arango Angel. Acción negatoria de una servidumbre 812
Londoño Mejía Ricardo y Lelia Arango Echeverri contra el Municipio de Manizales. Ordinario. Declaración negatoria de una servidumbre 511
López vda. de Varela Concepción. Excepciones 720
Lucio Manuel de J., como apoderado de J. Castro e Hijo y de Jesús Gaviria A. contra la Nación y contra el Departamento de Caldas. Ordinario. Perjuicios 336

— M —

Maizena, S. A., contra la Nación. Ordinario. Declaración de restitución de una suma de dinero pagada por concepto de derechos de aduana 759
Manjarrés Fontalvo Luis. Causa militar por delito de deserción. Se inhibe la Corte para conocer de ella 134
Martínez Landínez Jorge contra la Nación. Ordinario. Cumplimiento de un contrato 170
Martínez José. Objeciones a la partición de su juicio de sucesión 582
Martínez L. Jorge. Petición de requerimiento al Gobierno por medio de su ministro de hacienda y crédito Público.. 772
Martínez Robles Alejandro. Acción de nulidad de unos nombramientos para el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La Corte se declara incompetente para conocer de esa demanda 900
Medina de Foschini María Eulalia contra Camilo Allegro. Deserción del recurso de casación 49
Mejía E. Ricardo contra el Ferrocarril de Antioquia. Ordinario. Pago de unos servicios por concepto del contrato de trabajo 897
Mendoza Amarís Marco T., como apoderado de The Curacao Trading Company contra Elías M. Muvdi. Ordinario. Pago de una suma de pesos 219
Molina Callejas Germán contra la Nación y contra las sociedades extranjeras denominadas Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company. Ordinario. Nulidad de un contrato 774